



ISADORA TRINDADE ROLLO D'OLIVEIRA

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO

BRASÍLIA - DF

2012

ISADORA TRINDADE ROLLO D'OLIVEIRA

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. César Augusto Binder.

BRASÍLIA - DF

2012

Isadora Trindade Rollo D'Oliveira

A antecipação de tutela ex officio / Isadora Trindade Rollo D'Oliveira. Brasília: UniCEUB, 2012.

62 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. César Augusto Binder.

ISADORA TRINDADE ROLLO D'OLIVEIRA

A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Brasília, de de 2012.

Banca Examinadora

Prof. César Augusto Binder
Orientador

Prof.
Examinador

Prof.
Examinador

RESUMO

O tema “a antecipação de tutela *ex officio*” surgiu a partir de uma inovação da doutrina e jurisprudência minoritárias no sentido de afastar a exigência formal do “prévio pedido da parte” constante no *caput* do art. 273 do CPC e conferir uma interpretação constitucional a esse dispositivo, a fim de viabilizar a efetiva prestação jurisdicional. Tal corrente defende que a parte autora não pode ser prejudicada em razão da ausência do prévio pedido de antecipação de tutela quando estiverem preenchidos os demais requisitos para a sua concessão. Sendo assim, o magistrado terá que conceder a referida medida de ofício, em atenção à instrumentalidade das formas, ao poder geral de cautela e à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, especialmente o da tutela efetiva e da dignidade da pessoa humana, devendo o juiz se afastar do rigoroso formalismo legal para não cometer uma injustiça em um caso concreto. Apesar de a corrente majoritária ser contrária a tal interpretação, defendendo a prevalência dos princípios da inércia e da adstrição, esse entendimento tende a ser mudado ante a iminente promulgação do Projeto do Novo Código de Processo Civil que, se aprovado na sua literalidade quanto ao tema ora tratado, preverá expressamente em um de seus dispositivos a possibilidade de concessão da antecipação da tutela de ofício em casos excepcionais, dirimindo a controvérsia sobre o assunto.

Palavras-chave: Direito Processual Civil, Antecipação de Tutela, Requerimento da parte.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.....	7
1.1 Breve Evolução da Composição dos Litígios: da Autotutela à Justiça Moderna	7
1.2 Diferenças e similitudes entre Tutela Antecipada e Medidas Cautelares	11
1.3 Dos requisitos para a concessão da tutela antecipada	17
1.3.1 Do requerimento para a sua concessão.....	20
2 DA APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EX OFFICIO PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS.....	29
2.1 Na Justiça Federal.....	30
2.2 Nos Tribunais	31
2.3 Nos Juizados Especiais Federais.....	42
2.4 Pelo Estatuto do Idoso	44
3 DO PODER GERAL DE CAUTELA	47
3.1 A antecipação de tutela no atual CPC	52
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

A positivação do instituto da tutela antecipatória no ordenamento jurídico brasileiro surgiu em 1994, com a introdução do art. 273 no Código de Processo Civil, visando à antecipação do provimento final de mérito no bojo da ação de conhecimento ou execução, ante a impossibilidade do deferimento dessa tutela à parte autora por meio da medida cautelar, de natureza meramente assecuratória.

A introdução do mencionado dispositivo no ordenamento possibilitou a celeridade processual à parte autora, a qual não precisará mais aguardar o trâmite do processo até o seu final julgamento para obter a efetiva tutela do seu direito, se estiverem presentes os requisitos autorizadores da medida e houver pedido formulado nesse sentido.

Todavia, na prática forense há casos em que inexistente o prévio pedido de antecipação de tutela pela parte, mas estão presentes as demais condições legais exigidas, e, diante da ausência desse requerimento, a tutela não pode ser concedida.

Em face de tal situação, a jurisprudência e doutrina minoritárias criaram a denominada “tutela antecipada *ex officio*” com o objetivo de realizar a efetiva justiça no caso concreto, concedendo a tutela mesmo não casos em que não haja o requerimento do demandante, por meio de uma interpretação constitucional do art. 273 do CPC e em atenção ao poder geral de cautela do juiz.

Sendo assim, o presente estudo se inicia com a análise da evolução histórica da composição dos litígios, passando às características gerais do instituto da antecipação de tutela e de suas semelhanças e diferenças com as medidas cautelares; da aplicação da tutela antecipatória *ex officio* nos tribunais; do entendimento majoritário e minoritário na doutrina sobre o tema, findando com a análise do poder geral de cautela e da inovação constante no Projeto do Novo CPC sobre o tema.

1 ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

1.1 Breve Evolução da Composição dos Litígios: da Autotutela à Justiça Moderna

Antes de se adentrar no mérito sobre a concessão da antecipação de tutela de ofício, cumpre fazer uma breve análise de algumas questões acessórias, iniciando-se pelo estudo da evolução do direito processual, uma vez que uma de suas ramificações, o processo civil, é o cerne do presente estudo.

Em decorrência da evolução dos estudos na área jurídica, pode-se afirmar atualmente que é irrefutável a concepção de que não existe sociedade sem direito (*ubi societas ibi jus*), afirmação essa aplicável, inclusive, na fase dos primórdios da civilização, decorrente da necessidade do ser humano de conviver de maneira grupal, devendo-se inferir que inexistente o direito num lugar em que haja a existência solitária de uma pessoa.¹

Sendo assim, é inimaginável a vida em sociedade sem a existência de uma prévia ordenação do comportamento humano, por intermédio de regras de conduta. Daí advém o Direito, como a organização de normas abstratas positivadas que regulam a convivência social.²

Todavia, tal organização social não ocorreu desde sempre, uma vez que nos primórdios da civilização romana, a qual serviu de base para o direito moderno, inexistiu a figura do Estado-juiz solucionador das controvérsias submetidas à sua apreciação e aplicador das normas jurídicas ao caso concreto, conforme se demonstrará a seguir.

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 25.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1-7.

A origem do processo civil hodierno remonta ao Império Romano, berço da civilização antiga.

O processo civil romano pode ser dividido em três fases. O primeiro é denominado período das *legis actiones*, o qual se inaugurou com o surgimento de Roma (754 a. C.) e teve seu término com o fim da República. Em seguida surge o período *per formulas*, com duração aproximada de 149 a 126 a.C., tendo seu marco inicial com a criação da *lex Julia* e do *ordo judiciorum privatorum*, e, finalmente, o período da *cognitio extra ordinem*, o qual surgiu com o principado (a partir de 27 a.C.) e vigorou até a decadência do Império Romano do Ocidente.³

Posto isso, passa-se à análise minuciosa dos períodos acima referidos, respectivamente.

A *legis actiones* caracterizou-se pela existência da execução pessoal do devedor, uma vez que ainda não se cogitava sobre a possibilidade de se executar apenas o patrimônio deste. Sendo assim, depois de prolatada a sentença condenatória, o vencedor esperava o transcurso do prazo de 30 (trinta dias) para que o vencido pudesse cumprir espontaneamente a decisão. No entanto, caso houvesse o seu descumprimento, o vencedor poderia iniciar a execução a partir do momento dessa inadimplência, transportando o vencido perante o magistrado por meio da força física. Esse método demonstrava o evidente caráter privado de resolução dos conflitos.⁴

Nesta fase, o Estado não detinha poderio para disciplinar e restringir as condutas das pessoas. Predominava a solução dos conflitos de interesses por meio da imposição da vontade do mais forte em detrimento do mais fraco⁵. Era o que se denominava de autotulela.

O referido meio de solução de conflitos, no qual as partes resolviam os seus desentendimentos “pelas próprias mãos”, é, de modo geral, inaceitável nos dias atuais, sendo apenas cabível em casos excepcionalíssimos, expressamente previstos em lei, que legitimam o

³ FRANÇA, Fernando Luís. *A antecipação de tutela ex officio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

⁴ FRANÇA, Fernando Luís. *A antecipação de tutela ex officio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 21.

⁵ MARINONI, Sérgio Cruz Arenhart. *Manual de processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20-30.

uso da justiça privada. São eles: a legítima defesa⁶; a apreensão do objeto sujeito a penhor legal⁷ e o desforço imediato no esbulho possessório⁸⁹. Sendo assim, vê-se que a autotutela não tem o condão de distribuir a justiça entre os litigantes, além de gerar desigualdades sociais, sendo tais os motivos do seu repúdio pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Na era primitiva, o Estado não possuía poderio suficiente para impor as suas determinações aos particulares. Por ser fraco, apenas limitava-se a ditar quais eram os direitos, sendo que a defesa e a realização de tais direitos competiam ao lesado, através do uso dos seus próprios recursos. Nesse período predominou a justiça privada (também chamada de justiça pelas próprias mãos), a qual não solucionava os conflitos de maneira igualitária e imparcial, almejada pelo povo.¹⁰

Posteriormente, o Estado conseguiu se auto afirmar perante a sociedade, através da ingerência na esfera de liberdade dos cidadãos, os quais passaram desde então a ter esse direito limitado em prol do bem estar coletivo, e, dessa forma, com o fortalecimento estatal este adquiriu o poder de solucionar os conflitos de interesses que surgiam.

No período formulário, à medida que o Estado foi-se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares mediante a invasão de sua antes indiscriminada esfera de liberdade, nasceu, também gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. No período compreendido no direito romano arcaico entre as sua origem até o século II a. C., o Estado passou a deter o poder de ditar qual a norma a ser aplicada ao caso concreto. Nesse momento, os cidadãos conflitantes se dirigiam até um pretor, e perante ele se obrigavam a aceitar a decisão que viesse a ser prolatada (procedimento denominado *litiscontestatio*). Tal ritual se fazia necessário, até porque, na época, ainda se abominava qualquer tipo de interferência estatal que fosse oposta aos interesses pessoais do interessado. Após, os litigantes, em comum acordo, indicavam um árbitro para julgar a controvérsia, e ao pretor lhe incumbia o encargo de nomeá-lo pôr fim à controvérsia. Evidenciam-se, pois, duas

⁶ BRASIL. Código Civil Brasileiro. Art. 188, I.

⁷ BRASIL. Código Civil Brasileiro. Arts. 1.467 a 1.472.

⁸ BRASIL. Código Civil Brasileiro. Arts. 1.467 a 1.472 do Código Civil.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 36.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

fases nesse período de surgimento da jurisdição romana: o primeiro se desenvolvia perante o pretor (*in jure*) e, o segundo, perante o árbitro (*apud judicem*).¹¹

Percebe-se, a partir de momento acima, que o Estado passou a deter uma pequena influência na solução dos conflitos de interesses, sendo que esse meio de composição dos litígios se estendeu durante todo o período formulário (Séc. II d. C.). Paralelamente ao reforço do poder estatal, surgiu a possibilidade de este nomear um árbitro para compor os conflitos que, como visto acima, era anteriormente indicado pelas partes e apenas nomeado pelo pretor. Nessa etapa da evolução do processo romano, nota-se uma evolução no sentido de se proibir o uso da autotutela, além de haver a substituição da arbitragem facultativa pela obrigatória.¹²

A consolidação da justiça pública deu-se no período chamado de *cognitio extra ordinem*. Nesse momento, o Estado já possuía o poder necessário para ditar a resposta aos litígios postos ao seu exame, independentemente do consentimento da população, que inexoravelmente já estava, nesse instante, submetida à soberania estatal, se sujeitando à solução que viesse a ser adotada ao caso em exame.¹³

Humberto Theodoro Júnior afirma que:

“Após a queda do Império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seus direitos. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados bárbaros, possuíam noções muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana”.¹⁴

Conclui-se, pois, que o processo evoluiu conforme três etapas distintas: primeiramente, houve a autotutela entre os indivíduos, na qual uma das partes impunha a sua vontade sobre a outra; em segundo, existiu a arbitragem facultativa, onde as controvérsias eram decididas por um árbitro escolhido pelas partes e nomeado pelo pretor; em terceiro,

¹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

¹² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 10.

evoluiu-se para a jurisdição, na qual o pretor assumiu a incumbência de dirimir as divergências postas à sua apreciação, e dela se originou o processo.

O Estado, ao impedir o uso da justiça privada (autotutela), assumiu o ônus de distribuir a justiça para os diferentes casos postos ao seu exame. Daí se originou o processo como instrumento necessário para se aplicar a solução estatal para o conflito posto ao seu exame, e, assim, “deve fazer surgir o mesmo resultado que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida”.¹⁵

Ademais, para que haja a coexistência organizada e harmônica entre os indivíduos de uma sociedade, se faz necessária a intervenção do Direito no meio social, a fim de estabelecer a coordenação das pretensões da população e decidir os conflitos subjetivos de interesses que deles possam eventualmente surgir, usando-se normas legais previamente conhecidas pela população e a todos imposta.

1.2 Diferenças e similitudes entre Tutela Antecipada e Medidas Cautelares

Com o decurso do tempo, criam-se situações fáticas, e, em decorrência, surgem direitos e obrigações. Mas, também, pode haver a extinção de pretensões, a exemplo da superveniência da decadência ou prescrição de um direito.

O tempo que se passa desde o ajuizamento de uma ação até a prolação de uma sentença de mérito, por si só, já traz uma demora razoável para as partes, como o decurso dos prazos legais para manifestação e impugnações nos autos; porém esse tempo é necessário ao magistrado, a fim de que este promova o pleno debate entre litigantes acerca do objeto controvertido, viabilizando o contraditório e a ampla defesa entre as partes, para que possa julgar a lide conforme o seu livre convencimento motivado.¹⁶

Todavia, o uso abusivo e protelatório de recursos, bem como a oposição evidentemente descabida dos embargos de declaração, evidenciam o manifesto propósito protelatório da parte em postergar ao máximo a solução do conflito de interesses, causando sério ônus para o demandante de boa-fé, o qual poderá ver-se privado da solução da sua

¹⁵ MOREIRA, in *Temas de direito processual*, p. 21; SILVA, *Curso de processo civil*, v. 3/13-14; CUNHA, *A lide cautelar no processo civil*, p. 18, apud MARINONI, 2000, p. 20.

¹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-4.

pretensão inicial em tempo hábil, ou, até mesmo, tornar inútil a prestação jurisdicional caso o objeto litigioso pereça.

A fim de se evitar tais consequências danosas para o litigante bem intencionado, criaram-se medidas de resguardar a efetividade da tutela dos direitos: a tutela antecipada e a medida cautelar.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco¹⁷, aduzem que “O uso adequado de medidas cautelares constitui poderoso instrumental capaz de assegurar os bons resultados das decisões e medidas definitivas que virão”.

Para bem delimitar o tema, passa-se à análise das diferenças entre os dois institutos, destacando-se o objeto da tutela antecipatória e especificando a sua natureza jurídica, para que não se confundam.

A distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada é fundamental. O caráter provisório não pode ser considerado como critério distintivo para tal objetivo, uma vez que ambas possuem tal condição. Primeiramente, cumpre esclarecer que a tutela cautelar não tem o caráter satisfativo, ainda que provisório, do direito a ser acautelado. Tal finalidade é própria da tutela antecipatória.¹⁸

Ademais, cabe registrar que a disciplina legal da tutela antecipada no vigente Código de Processo Civil deu-se em 1994, em razão da anterior impossibilidade de se deferir a antecipação do provimento final do processo ao requerente, quando este buscasse tal finalidade por meio da medida cautelar. A inovação possibilitou a satisfação do direito do autor no bojo da ação de conhecimento ou de execução. Mais uma vantagem trazida com essa novidade foi o surgimento de uma tutela mais célere quando ficasse evidenciado no curso do

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, *Teoria geral do processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2008, p. 41.

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

feito o “fundado receio de dano” e o “abuso do direito de defesa”, conforme preceitua o art. 273 do CPC, o que possibilitou a efetiva tutela do bem da vida perseguido.¹⁹

Outra distinção entre as medidas antecipatórias contidas no art. 273 do CPC e as cautelares consiste em se verificar a sua natureza: caso haja “[...] na liminar, sentido antecipatório de algum efeito da futura sentença de mérito, estaremos em presença de um caso de ‘execução-para-segurança’, execução urgente, e não simples tutela de mera segurança”.²⁰

Ressalta-se, assim, as enormes diversidades entre essas duas formas de liminares, podendo-se sintetizar que a medida cautelar não passa de um procedimento acessório para viabilizar o futuro provimento jurisdicional de mérito no processo principal, enquanto a tutela antecipada visa a imediata antecipação do objeto perseguido judicialmente, tendo o efeito de uma satisfação definitiva do mérito ao requerente, mesmo podendo ser revogada a qualquer tempo.²¹

Além disso, a tutela cautelar visa à possibilidade de realização de um direito, sem poder realizá-lo ainda. Já a tutela antecipatória, a *contraio sensu*, por ter caráter de antecipar o provimento jurisdicional final, mesmo sendo uma medida provisória, é uma medida “satisfativa sumária”. Por isso, no tocante a esse aspecto diferenciam-se os dois institutos, já que a primeira tem a característica de satisfazer a pretensão inicial, enquanto que, a segunda, se restringe a assegurar um direito acautelado.²²

Para Luiz Guilherme Marinoni:

“A necessidade de sumarização cognitiva, advinda da busca de uma tutela jurisdicional efetiva em face de situações de perigo, levou à utilização da ação cautelar como instrumento destinado à satisfação antecipada da pretensão que só poderia ser veiculada através da chamada “ação principal””.²³

Ainda, Ovídio Baptista da Silva Luiz *apud* Guilherme Marinoni, reafirma:

¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual de processo de conhecimento*, 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁰ *A antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual*. Jornal Síntese, out/96, p. 4 *apud* VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

“Ovídio Batista, em seus *Comentários*, referindo-se à lição de Cristofolini, lembra que este processualista mostrou que as provisionais, ao *anteciparem a eficácia* do provimento final de acolhimento da demanda, em verdade *realizam* plenamente o direito posto em causa, ainda que sob forma provisória, ao passo que as medidas propriamente cautelares – enquanto tutela apenas de segurança – limitam-se a “assegurar a possibilidade de realização”, para o caso de vir a sentença final a reconhecer a procedência da pretensão assegurada”.²⁴

Segundo Paulo Afonso BrumVaz :

“Na tutela cautelar existe a referibilidade da medida a outra ação, dita principal, onde será, com força de coisa julgada, adjudicado o bem da vida a algum dos litigantes, enquanto na tutela antecipada não se faz presente dita referibilidade, já que diz ela respeito ao próprio direito material perseguido na ação”.²⁵

Sendo assim, percebe-se que a tutela cautelar possui conteúdo de provisoriedade e subsidiariedade.

Percebe-se, portanto, que, conforme a dicção do art. 796 do CPC, o autor, no procedimento acautelatório, pode propor tal medida antes ou durante o trâmite do processo principal, sendo sempre vinculado a este, ou seja, dependente.²⁶

Ainda, outro aspecto diferenciador reside no fato de o magistrado poder usar como fundamentação para o deferimento da medida antecipatória apenas o argumento de “abuso de defesa” ou “manifesto propósito protelatório do réu”²⁷, sem que haja a existência de dano imediato e irreparável no caso concreto.²⁸

Afirma Enrico Tullio Liebman:

“Consiste, pois, a ação cautelar no direito de provocar, o interessado, o órgão judicial a tomar providências que conservem e assegurem os elementos do processo (pessoas, provas e bens), eliminando a ameaça de perigo ou prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal;

²⁴ SILVA, Ovídio Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil.*, v. 11, p. 66 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

²⁵ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 90.

²⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 498.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 273, II.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 487.

vale dizer: a ação cautelar consiste no direito de “assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil””.²⁹

Observa-se “[...] o processo cautelar como uma nova face da jurisdição e como um *tertium genus*, contendo “a um só tempo as funções do processo de conhecimento e de execução”, e tendo por elemento específico ‘a prevenção’”.³⁰

Conceituados os institutos, passa-se à análise das semelhanças entre eles.

A primeira similitude a ser ressaltada refere-se ao fato de ambas serem medidas de tutela provisória, podendo ser revogadas a qualquer tempo, e têm como base legal para a sua aplicação os princípios magnos da inafastabilidade da jurisdição³¹ e do devido processo legal³², garantidores do acesso à efetiva prestação jurisdicional.³³

Paulo Afonso Brum Vaz estabelece outra semelhança: “há, de rigor, semelhança entre as técnicas de cognição utilizadas em ambos os institutos. Emprega-se a técnica de cognição sumária (superficial), fundada em juízo de verossimilhança ou de probabilidade, e não de certeza”.³⁴

Além disso, antecipação de tutela e a liminar na ação cautelar são enquadradas como decisão interlocutória, e, portanto, necessitam de fundamentação por parte do magistrado que for concedê-las (sob pena de nulidade), baseado na preexistência dos requisitos autorizadores da sua concessão: *fumus boni juris* e *periculum in mora*, para a tutela cautelar³⁵; e, para a tutela antecipada, prova inequívoca da verossimilhança da alegação³⁶,

²⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1968, p. 92 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

³⁰ BUZAID. *Exposição de motivos*, 1972, nº 11 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 486.

³¹ BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Art. 5º, inciso XXXV.

³² BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. art. 5º, inciso LIV.

³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58/68 *apud* VAZ, Paulo Afonso. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 121.

³⁴ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 90.

³⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 798.

³⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 273, *caput*.

fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação³⁷ ou o abuso do direito de defesa³⁸, estando todos os dispositivos presentes no Código de Processo Civil.³⁹

Paulo Afonso Brum Vaz ressalta que:

“Quanto à provisoriedade, pode-se dizer que é uma característica comum de ambos os institutos, ainda que, por exceção, algumas medidas cautelares não sejam provisórias. O acerto, fruto de decisão baseada em juízo de mera probabilidade, é provisório e retificável. As medidas cautelares (art. 807 do CPC), assim como as antecipatórias (art. 273 do CPC), podem ser revogadas ou modificadas pelo próprio juiz que as concedeu, quando alterada a situação de fato ou de direito ou pela decisão final”.⁴⁰

As duas medidas compõem o mesmo gênero, que é o das tutelas de urgência, concebida para afastar o risco de dano em virtude da demora do julgamento de mérito, e, diante desse fato, poderá até mesmo acontecer de as partes terem dificuldade com relação a qual dessas medidas será adotar no caso concreto para afastar tal perigo⁴¹. É a previsão do princípio da fungibilidade.

Outra afinidade a ser apontada relaciona-se com a responsabilidade de quem pleiteia tais medidas: em ambas as tutelas, o pleiteante responderá pelos prejuízos advindos à parte contrária, caso a futura sentença julgar pela improcedência do pedido inicial. Tal consequência está expressamente prevista para as medidas cautelares no art. 811 do CPC, sendo que, para a tutela antecipada, não há essa previsão, mas pode-se inferi-lo do ordenamento jurídico.⁴²

Ante o exposto, pode-se concluir que “[...] a circunstância de estarem a tutela cautelar e a tutela antecipada inseridas no gênero *tutelas provisórias de urgência* autoriza que se comuniquem seus regimes jurídicos, sempre que não haja

³⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 273, I.

³⁸ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 273, II.

³⁹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil - medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3.

⁴⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 91.

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴² VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 93.

incompatibilidade”⁴³, mesmo porque há previsão de fungibilidade entre elas; caso a parte requeira, equivocadamente, a tutela antecipada no curso do processo, em vez de medida cautelar, poderá o magistrado conceder a cautelar incidentalmente no feito, conforme preceitua o art. 273, §7º, do CPC.

1.3 Dos requisitos para a concessão da tutela antecipada

Os requisitos para a concessão da tutela antecipada encontram-se presentes no art. 273 do CPC, o qual dispõe:

“Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

[...]

§6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso”.⁴⁴

Analisando a norma legal supracitada, pode-se constatar que a tutela antecipatória exige, para o seu deferimento, a combinação da prova inequívoca da verossimilhança da alegação prevista no seu *caput* com uma das hipóteses existentes nos incisos I ou II, sendo que a presença de apenas um desses requisitos inviabiliza a concessão da tutela satisfativa perseguida.⁴⁵

Ainda, há também a previsão de deferimento de tal medida quando exista pedido incontroverso, ou seja, quando não houve contestação dele pela parte adversa, previsto no §6º da sobredita norma. Em face de tal possibilidade, a parte autora não terá mais que aguardar a prolação da sentença para exigir o cumprimento do pedido incontroverso pelo réu,

⁴³ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 94.

⁴⁴ BRASIL. Código de Processo Civil.

⁴⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil - medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3.

inovação essa positivada apenas em 2002 e que indubitavelmente trouxe maior agilidade para o feito, observando o art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal.⁴⁶

Paulo Afonso Brum Vaz afirma que:

“Assim delineada, a tutela antecipada, tal como prevista no art. 273 do CPC, compreende três tipos bem distintos: tutela antecipada de urgência ou assecuratória, tutela antecipada punitiva ou de proteção do autor e tutela antecipada sobre a parte incontroversa da demanda”.⁴⁷

Ressalte-se que a tutela antecipada que tem como requisito o fundado receio de dano poderá ser concedida na fase recursal, ou seja, a ulterior prolação de sentença não impede o seu requerimento pelo autor, bem como depois de encerrada a fase de instrução processual, quando haja manifesto propósito protelatório com a interposição do recurso.⁴⁸

Tal entendimento é ratificado por Luiz Guilherme Marinoni: “Além disso, é importante lembrar que a tutela antecipatória baseada em fundado receio de dano poderá ser requerida não só depois de encerrada a fase instrutória, como também após ter sido proferida a sentença”.⁴⁹

Deve-se esclarecer que não se exige a produção de prova exauriente para que o julgador defira a tutela antecipatória; todavia, não deve, igualmente, o magistrado basear a sua convicção em prova sem profundidade, pois, caso contrário, não estaria preenchido o requisito de verossimilhança da alegação.⁵⁰

Cumpra registrar que, pela leitura do art. 273, infere-se que a possibilidade de concessão dessa medida apenas pode se dar ao autor, uma vez que é ele quem formula o pedido inicial, e, o réu, apenas apresenta resistência contra a pretensão autoral.⁵¹

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

⁴⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 125.

⁴⁸ VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 216-217.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 162.

⁵⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil - medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3.

⁵¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil - medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3.

A afirmação acima apontada é ratificada por Paulo Afonso Brum Vaz, que aduz:

“Ao dispor que o juiz poderá antecipar a tutela pretendida no pedido inicial, a requerimento da parte, o juiz deixa claro que não existe a antecipação da tutela em favor do réu. O réu é *parte*, e sua contestação tranquilamente pode se identificar com seu pedido inicial. Entretanto, o conteúdo da peça de defesa não reflete pretensão que possa ser objeto de antecipação. Na reconvenção e nas ações dúplices, a pretensão, que pode ser objeto de tutela antecipada, não constitui defesa, mas sim contra ação, passando o réu a ser autor, e o autor a ser também réu”.⁵²

E, ainda, Luiz Guilherme Marinoni corrobora essa legitimidade:

“De acordo com o art. 273 do CPC, o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar total ou parcialmente os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial [...]. Não há dúvida que o autor ou o réu reconvinde podem requerer a tutela antecipatória. O reconvinde faz pedido e requer a tutela jurisdicional. Ora, se é assim, ou seja, se a reconvenção é a ação do réu, está o reconvinde autorizado a requerer a antecipação de tutela”.⁵³

Igualmente, “[...] nas ações dúplices é possível ao réu requerer a tutela antecipatória. O réu, nas ações dúplices, pode formular pedido na própria contestação, sem necessidade de reconvenção”.⁵⁴

Outro pressuposto é a “reversibilidade” (art. 273, §2º, do CPC), ou seja, em caso de provimento desfavorável ao autor da demanda, a revogação da tutela insculpida no art. 273 deverá possibilitar o retorno das partes ao status *quo ante*.⁵⁵

Ainda, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ressalta:

“Por outro lado, a lei deixa claro o caráter *temporário* e *provisório* da antecipação de tutela: “não só poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada (CPC, art. 273, §4º), como, concedida ou não a antecipação, prosseguirá o processo para que afinal seja proferida a sentença (art. 273, §5º), inclusive de mérito se for o caso. Fala-se, também, em ‘execução da tutela antecipada’, cuja efetivação deverá observar, ‘no que couber, o disposto nos incisos II e III do art. 588’. A antecipação, portanto,

⁵² VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 135.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 126-127.

⁵⁴ WATANABE, “Ação dúplice”, RePro 31/138-143 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme – *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 127.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

não abrangerá, por um lado, atos que importem alienação de domínio, nem permitirá, sem caução idônea, o levantamento de depósito em dinheiro, e, por outro lado, ficará ‘sem efeito sobrevivendo sentença que modifique ou anule o que foi objeto da execução, restituindo-se as coisas ao estado anterior’.⁵⁶

Colocadas em linhas gerais as espécies de tutelas antecipadas, passa-se à análise do tópico a seguir.

1.3.1 Do requerimento para a sua concessão

Um ponto importante a ser tratado, e que é o cerne do presente trabalho, refere-se à necessidade do pedido, pelo autor, do requerimento prévio para a concessão do benefício presente no art. 273 do CPC.

Para Misael Montenegro Filho, deve o deferimento de tal medida deve obrigatoriamente ser precedido do requerimento do autor:

“De qualquer modo, observe-se que a antecipação de tutela somente pode ser deferida se houver requerimento expresso do autor, não se admitindo o deferimento da providência de ofício, como entende a grande maioria da doutrina e da jurisprudência, em respeito ao *princípio da inércia*, sabido que a jurisdição apenas é prestada por iniciativa da parte (art. 2º do CPC). Em complemento, percebe-se que o *princípio dispositivo*, igualmente incidente na realidade do processo, inibe o magistrado de assumir posição ativa no embate, devendo permanecer em situação de administração do conflito de interesses.

[...]

Em desfecho, evidente que o magistrado apenas pode deferir à parte o que foi objeto de pedido, sendo marcado de nulidade, de ineficácia ou de invalidação o deferimento que defere ao autor objeto diferente ou além do que consta na petição inicial, em respeito ao *princípio da congruência*, visto em linhas anteriores, e aplicável ao CPC por força das disposições que emanam dos arts. 128 e 460 da Lei de Ritos”.⁵⁷

Apesar de o posicionamento acima ser o entendimento majoritário adotado na doutrina e jurisprudência, há entendimentos contrário.

⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Alcance e natureza da tutela antecipatória*, in Estudos de direito processual em memória de Luiz Oliveira Machado Guimarães. Forense, 1997, p. 113, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 679.

⁵⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil - medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3, p. 32.

É o que sustenta Humberto Theodoro Júnior, que, em sentido diametralmente oposto, contra argumenta:

“Questão interessante é aquela em que o juiz de 1º grau, ou o Tribunal, se convence da necessidade de tutela antecipada no momento de proferir a decisão final de mérito. A meu ver, nada impede que seja aberto na sentença um capítulo especial para a medida do art. 273 do CPC. Se o juiz pode fazê-lo de início e em qualquer fase do processo anterior ao encerramento da instrução processual, nada impede a tomada de tal deliberação depois que toda a verdade real se esclareceu em pesquisa probatória exauriente. *In casu*, a deliberação tem a finalidade de tornar imediatamente exequível a providência, de sorte a dispensar a parte de ter de aguardar o trânsito em julgado para usar a execução forçada, e de maneira a permitir que a ordem antecipatória seja de pronto implementada. Mesmo que a apelação interponível tenha efeito suspensivo, este não atingirá a antecipação de tutela. É bom lembrar que o princípio da unirrecorribilidade das decisões judiciais não impõe sejam seus capítulos subordinados a um só efeito recursal. O recurso será único, mas a eficácia suspensiva pode, perfeitamente, ficar limitada a um ou outro capítulo da sentença”.⁵⁸

Outro argumento em sentido favorável à concessão da antecipação de tutela de ofício defende que essa possibilidade tem fundamento no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, prevendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e, por isso, tal preceito constitucional deve ser interpretado de maneira extensiva para abarcar o direito a uma prestação jurisdicional efetiva, e não apenas contemplar o benefício de o cidadão demandar perante o Poder Judiciário. Ademais, prevendo o constitucionalismo moderno a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o magistrado deverá aplicar o art. 5º, inciso XXXV, mesmo que afronte um preceito de lei ordinária, afastando-o em face de um bem maior que sobreleva, que é a efetiva e integral prestação da tutela jurisdicional ao litigante. Assim, diante da contradição entre as duas previsões legais, deverá prevalecer a que está insculpida na Carta Magna, notadamente em razão do seu *status* constitucional, que se sobrepõe às demais espécies normativas.⁵⁹

Outra tese favorável defende que, fazendo-se uma comparação com a hipótese prevista no art. 273, inciso I, a vítima do “fundado receio de dano grave ou de difícil

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 672.

⁵⁹ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

reparação”, será a parte que arcará com a demora na prestação jurisdicional, e não diretamente o Estado, sendo esse mais um motivo para a concessão da tutela *ex officio*.⁶⁰

Fernando Luís França ratifica o posicionamento acima:

“É por isso que o litigante, que sofre os efeitos do dano, é quem está legitimado a pedir a antecipação de tutela. Agora, em caso do “abuso do direito de defesa ou de manifesto propósito protelatório”, o litigante é também vítima, mas só indiretamente, uma vez que a “vítima” direta do abuso dos direitos processuais é o Estado, que disponibiliza para os litigantes todo um aparato destinado à solução dos conflitos, que é o processo”.⁶¹

Um novo fundamento favorável à tutela antecipatória de ofício sustenta a sua viabilidade em casos excepcionais, como: nas demandas de natureza previdenciária ou semelhante; quando o valor do benefício pleiteado representar uma necessidade premente para o requerente; quando exista a condição de hipossuficiência financeira do autor e o desconhecimento por parte dele dos seus direitos assegurados; a presença de prova suficiente da verossimilhança do pedido formulado; e, por último, a inexistência de prévio pedido de tutela antecipada formulado, sendo que, caso não seja deferida *ex officio*, trará grande prejuízo para o autor.⁶²

Há, outrossim, a opinião de George Marmelstein Lima nesse sentido :

“Primeiramente, o instituto da tutela antecipada tem fundamento constitucional, pois decorre do direito fundamental à tutela efetiva (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), sendo certo que o direito fundamental consagrado no dispositivo garante ao jurisdicionado não apenas o direito formal de propor a ação, indo muito mais além, pois assegura o direito a uma tutela adequada e efetiva. Desse modo, considerando que uma das principais características que o moderno constitucionalismo reconhece aos direitos fundamentais consiste na sua aplicabilidade imediata, o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar um dado direito fundamental (no caso, o direito à tutela efetiva ou à ação), pode (e deve) atuar independentemente e mesmo contra a vontade da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir licença a ninguém, muito menos ao legislador”.⁶³

⁶⁰ FRANÇA, Fernando Luís. *A antecipação de tutela ex officio*. São Paulo: Mandamentos, 2003.

⁶¹ FRANÇA, Fernando Luís. *A antecipação de tutela ex officio*. São Paulo: Mandamentos, 2003, p. 176.

⁶² NASCIMENTO, Márcio Augusto. Concessão “*ex officio*” da tutela antecipada. *Revista Ajufe*, n. 75/76, p. 427, 2004.

⁶³ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

Aduz o autor que, apesar de uma norma ser considerada válida, nada impede que ela deixe de ser aplicada a um caso concreto, para que se evite a realização de uma injustiça.⁶⁴

Alega, ainda, que o legislador ordinário não tem condições de prever todas as situações hipotéticas a que está sujeita a lei e, portanto, não deve o magistrado se apregoar demasiadamente ao formalismo legal, mas sim, deve o julgador interpretar a lei em conformidade com os preceitos constitucionais antes de aplicá-la. Sendo assim, para a realização da justiça no caso concreto, pode o julgador decidir contra a lei desde que o seu julgamento seja pela prevalência da Constituição ao caso.⁶⁵

Defende que em certos casos a prévia exigência formal do pedido do autor para a concessão do benefício se mostra despropositada e, por isso, deve o julgador antecipar a tutela mesmo sem haver o prévio requerimento do autor neste sentido, em prol do princípio da efetividade processual.⁶⁶

Afirma que quando se trata de verba alimentar, tal assunto, por si só, já demonstra a premente necessidade do autor no seu recebimento, o que dispensaria a prévia exigência formal para a seu deferimento. É o caso, por exemplo, das verbas decorrentes de benefícios previdenciários ou assistenciais, fato este que se evidencia quando o autor é pessoa hipossuficiente e de idade avançada.⁶⁷

George Marmelstein Lima esclarece que o autor não pode ser prejudicado em razão do esquecimento do advogado em requerer o benefício em questão. Sustenta que no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e na Justiça do Trabalho é dispensado à parte requerer previamente a antecipação de tutela, uma vez que quando o autor postula sem estar representado por um causídico, seria impossível lhe exigir o prévio conhecimento das técnicas processuais para que possa demandar.

⁶⁴ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

⁶⁵ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

⁶⁶ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

⁶⁷ LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

Registra o mencionado autor:

“Lembra-se que o direito processual moderno pauta-se no princípio da instrumentalidade das formas e, como decorrência da instrumentalidade - corolário do princípio da efetividade e do acesso à justiça -, o magistrado é obrigado a sanar, sempre que possível, as atecnias cometidas pelas partes hipossuficientes. Qualquer comportamento excessivamente formalista por parte do juiz não seria legítimo, afinal a atenção à forma que não atenda ao ideal da instrumentalidade, na imagem de Liebman, não passará da mais solene deformação”.

E conclui:

“Ou, como afirma Portanova, "nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido” [...].”⁶⁸

Em sentido oposto, Luís Henrique Barbante Franzé trata expressamente do tema em seu livro “Tutela antecipada recursal”, aduzindo que, não obstante existam doutrinadores que defendam a tese da tutela antecipatória *ex officio* com fundamento no caráter publicista do processo, o mencionado autor alega que, em regra, havendo norma expressa no ordenamento processual civil (art. 273 do CPC) condicionando expressamente o deferimento dessa tutela ao pedido do autor, razão não há para que o magistrado a defira sem o prévio pedido dela nesse sentido; caso contrário, estar-se-ia infringindo a regra do princípio do dispositivo, o qual exige a provocação do interessado para que haja a manifestação do órgão jurisdicional.⁶⁹

Ressalva os casos em que a própria lei prevê a atuação de ofício do julgador, como o art. 130 do CPC, que o confere poderes para determinar a produção de provas de

⁶⁸ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 118 apud LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

⁶⁹ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

ofício, bem como o art. 461, §5º, do CPC, que permite ao magistrado providenciar medidas para tornar efetivo o seu comando judicial e, assim, forçar o réu ao cumprimento da tutela específica ou para que haja a obtenção do resultado prático equivalente.⁷⁰

Defende, excepcionalmente, que o juiz poderá atuar de ofício nos casos em que haja colidência entre os direitos fundamentais, em atenção ao princípio da proporcionalidade⁷¹.

A impossibilidade do sobredito deferimento de ofício é ainda corroborada por Misael Montenegro Filho que, ao tratar do tema, expõe:

“Em respeito ao princípio dispositivo, a lei condiciona o deferimento da tutela antecipada à formulação de pedido originado do autor, na inicial da demanda ou através de petição avulsa, no curso do processo, não se admitindo o deferimento da antecipação de tutela de ofício, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário”.⁷²

Ratificando o posicionamento acima, tem-se o entendimento de Júlio Ricardo de Paula Amaral, o qual afirma que, apesar de no procedimento cautelar o art. 797 do CPC conferir ao juiz plenos poderes para realizar providências sem a audiência das partes, tal previsão legal objetiva resguardar a seriedade da justiça e o resultado útil do processo, sem que haja ofensa aos princípios da inércia da jurisdição (art. 2º do CPC), do dispositivo (art. 262 do CPC) e da adstrição (art. 128 do CPC); todavia, quando se trata de antecipação de tutela, cujo dispositivo legal (art. 273 do CPC) exige o prévio requerimento da parte para a sua concessão, de forma nenhuma poderá o julgador antecipá-la sem esse requerimento, sob pena de ofensa aos já mencionados princípios.^{73 74}

É, ainda, a lição de Cassio Scarpinella Bueno, o qual, ao preceituar quanto às possibilidades de aplicação art. 273 do CPC, argumenta que se o texto de lei for interpretado literalmente, seria inviável a aplicação desse dispositivo de ofício. No entanto, utilizando-se de uma interpretação constitucionalista do processo, poderá o magistrado deferi-

⁷⁰ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O princípio do dispositivo no processo civil contemporâneo*. Tese de doutorado apresentada à PUCSP, 2003-a, p. 286 *apud* FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

⁷¹ FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

⁷² MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

⁷³ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 91-92.

⁷⁴ BRASIL. Código de Processo Civil.

la dessa forma caso estejam preenchidos os requisitos autorizadores da medida, entendendo o doutrinador que a parte autora não poderá ser prejudicada por um lapso do seu causídico, podendo o juiz, inclusive, determinar que o autor emende a inicial, caso verifique a premência da medida, *in verbis*:

“A leitura do *caput*, de resto, fala em “requerimento da parte”, o que enseja a célebre questão: “Professor, é possível ao juiz conceder a tutela antecipada de ofício?”. Pela letra da lei – é lê-la, o texto está escrito –, a resposta só pode ser negativa. À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item 1, no entanto, é positiva. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor da “efetividade”, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não-pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, antecipadamente”.⁷⁵

Ao debater o tema em análise, Antônio Cláudio da Costa Machado faz uma correlação entre os princípios da adstrição da sentença ao pedido, do dispositivo, e a aplicação da tutela antecipatória. Afirma o autor que, havendo previsão explícita no *caput* do art. 273 do CPC sobre a necessidade do prévio pedido da parte quanto a essa espécie de liminar, incabível o seu deferimento de forma diversa, em observância aos princípios da iniciativa da parte e da inércia da jurisdição, que asseguram à parte o arbítrio quanto ao momento oportuno para requerê-la, bem como garante a imparcialidade e equidistância do órgão julgador. Aduz que dessa previsão legal expressa decorre outra regra fundamental, que é a adstrição do julgador ao pedido e, consequentemente, a vedação da prolação de sentença extra e *ultra petita* (arts. 459 e 460 do CPC), sendo exceção à regra o §4º do art. 461 do CPC, que, por ter caráter acessório, autoriza o juiz a impor multa diária ao réu independentemente de prévio pedido nesse sentido.⁷⁶

Alega, ainda, que o inciso II do art. 273 do CPC, o qual trata da antecipação sancionatória, visa exclusivamente a beneficiar o autor da demanda, e não a garantir a

⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32-33.

⁷⁶ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed., rev., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 523-527.

eficiência da atividade jurisdicional, já que a parte autora é quem será a grande beneficiária da medida, motivo pelo qual o legislador impôs a necessidade do requerimento da parte.⁷⁷

Nesse mesmo sentido doutrina João Batista Lopes, *in verbis*:

“A *ratio* da proibição da tutela antecipada de ofício está em que o instituto não foi criado propriamente para resolver o problema da morosidade da justiça, mas para atender a situações de probabilidade de existência do direito e risco de danos decorrentes da demora.

Não se cuida, portanto, de simples expediente destinado a acelerar o julgamento das causas, mesmo porque sua natureza provisória não implica solução final do litúgio.

A disciplina da matéria adotada pelo legislador difere da prevista para o processo cautelar em que, em casos especiais, se admite a concessão da providência *ex officio* (CPC, art. 797).

Do que foi exposto, resulta inafastável a conclusão de que o juiz não pode conceder a tutela antecipada de ofício.

O texto do art. 273 é claro a respeito e está em perfeita harmonia com a regra do art. 2º, que estabelece: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.”⁷⁸

O autor defende, ainda, que a disposição legal que permite ao magistrado deferir medidas cautelares de ofício não se aplica ao tema das tutelas antecipadas, em face da existência de literal disposição legal condicionando-as ao pedido da parte.⁷⁹

Preleciona Gilberto Yoziro Candeias:

“A jurisdição é inerte, dependente de provocação da parte, onde o órgão judicante somente após tomar conhecimento da pretensão praticará atos na sua competência. Assim sendo, quando a lei fala em requerimento da parte concretiza o axioma *ne procedat iudex ex officio*. Assim sendo, o juiz somente concederá antecipação de tutela quando houver pedido feito pela parte, não podendo agir *ex officio*”.”⁸⁰

Em posição intermediária é a lição de José Roberto dos Santos Bedaque, o qual doutrina que, apesar de o legislador ordinário conceder ao magistrado a possibilidade de

⁷⁷ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed., rev., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 525.

⁷⁸ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 55-56.

⁷⁹ LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 82.

⁸⁰ CANDEIAS, Gilberto Yoziro. *Tutela antecipada*. Vale do Mogi, 2003, p. 39-40.

deferir tutelas cautelares *ex officio* com base no art. 797 do CPC, tal entendimento não se aplica na esfera da antecipação de tutela, por ser ela condicionada ao pedido da parte.⁸¹

Afirma que, ainda que se considere a antecipação de tutela como espécie de medida cautelar, haveria o óbice do art. 797 do CPC para a sua concessão *ex officio*, uma vez que este dispositivo apenas autoriza o deferimento de medidas cautelares pelo juiz se existir expressa previsão legal para tanto.⁸²

Alega, ainda, que a impossibilidade do seu deferimento sem o requerimento da parte é corolário do princípio da inércia do juiz, necessário para garantir a imparcialidade do magistrado na lide.⁸³

Ressalva, todavia, os casos em o magistrado verifique estarem comprovadas a verossimilhança das alegações e o risco de perecimento do direito, momento em que este deverá conceder a tutela antecipada *ex officio*, a fim de assegurar o resultado útil do processo.⁸⁴

Expostas em linhas gerais as correntes majoritárias e minorárias a respeito da necessidade do prévio requerimento para a antecipação da tutela, passa-se à análise do tópico a seguir.

⁸¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 377.

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 377.

⁸³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 377.

⁸⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 378.

2 DA APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPATÓRIA EX OFFICIO PELOS ÓRGÃOS JUDICIÁRIOS

Primeiramente, cumpre reiterar que a antecipação de tutela de ofício aplica-se a matérias de índole previdenciária ou assemelhadas, como bem explica o Juiz Federal Márcio Augusto Nascimento⁸⁵, *in verbis*: “[...] acredito que a tutela antecipatória pode ser deferida, de ofício, em casos excepcionais onde se evidencia que: a) o feito tem natureza previdenciária ou assemelhada; [...]”.

Sendo assim, nestes casos, o Instituto Nacional da Seguridade Social, que possui a natureza jurídica de uma autarquia, integrará de um dos polos da demanda, e, por isso, competirá à Justiça Federal o julgamento desta lide, conforme preceitua o art. 109, I, da Constituição Federal:

“Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, **entidade autárquica** ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]”(grifo nosso).

Ademais, a Justiça Estadual tem competência delegada para julgar tais demandas tão somente nos casos em que a comarca do autor não seja sede de vara federal, conforme preceitua o §3º do mesmo dispositivo constitucional, abaixo transcrito:

“§ 3º - **Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal**, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual”. (grifo nosso)

Cumpre registrar que qualquer recurso a ser interposto desta matéria será direcionado ao Tribunal Regional Federal respectivo: “§ 4º - Na hipótese do parágrafo

⁸⁵ NASCIMENTO, Márcio Augusto. Concessão “ex officio” de tutela antecipada. *Revista da AJUFE*: 2004, nº 75/76, p. 427-435.

anterior, o recurso cabível será sempre para o Tribunal Regional Federal na área de jurisdição do juiz de primeiro grau”.

Posto isto, passa-se à análise jurisprudencial do tema.

2.1 Na Justiça Federal

A título exemplificativo da matéria em análise, tem-se o julgamento proferido pelo Juiz Federal Márcio Augusto Nascimento, nos autos do processo nº 2001.70.004493-6, da 2ª Vara Federal de Londrina⁸⁶, no qual o magistrado deferiu a tutela antecipada de ofício por verificar que o autor, que pretendia o benefício de aposentadoria por invalidez era pessoa hipossuficiente, permanentemente incapacitada para o trabalho e idosa, de acordo com o exceto do seu artigo tratando do tema em discussão :

“[...] verifiquei que o autor era pessoa pobre, tinha 57 anos de idade, morava na periferia da cidade, exercera atividades humildes e mal remuneradas de porteiro, serviços gerais e vigia, estando desempregado desde 12/01/1996.

O autor encontrava-se assistido pelo Escritório de Aplicação de Assuntos Jurídicos, pertencente à Universidade Estadual de Londrina – UEL, que presta assistência gratuita à população carente. Portanto, não pôde eleger o foro advogado de sua preferência por falta de recursos financeiros, ocorrendo-se daquele serviço que não lhe onerava, A instrução evidenciara um de seus requisitos, a verossimilhança da alegação. Restara provado que o autor estava inválido para o trabalho, de forma total, permanente e irreversível, devido às sequelas do AVC, desde 26/02/1997, quando acometido da doença. [...]”

Ainda, o magistrado afirma que pautou a sua sentença no princípio da dignidade da pessoa humana, bem como pela comprovação do dano grave ou de difícil reparação, *in verbis*:

“Ora, as leis devem ser interpretadas em conformidade com a Constituição Federal, e a norma insculpida no art. 273 do CPC não foge à regra.

Sobretudo em homenagem e obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil, decidi, nos autos mencionados, que devia ser concedido, **em antecipação de tutela “ex officio”**, o benefício de aposentadoria por invalidez, a fim de proporcionar ao doente um certo conforto no tempo que lhe resta de vida, apartando a preocupação com a sua subsistência. Enfim, representava o fim de um

⁸⁶ NASCIMENTO, Márcio Augusto. Concessão “ex officio” de tutela antecipada. *Revista da AJUFE*: 2004, nº 75/76, p. 427-435.

calvário de mais de sete anos percorridos nas esferas administrativa (5 anos) e judiciária (2 anos).

[...]

Em relação ao dano irreparável ou de difícil reparação, estavam evidenciados os requisitos, necessários e suficientes ao deferimento da prestação previdenciária em tutela antecipatória “ex officio”, em razão da sua doença incapacitante, idade avançada e situação econômico-financeira miserável. A demora de mais de um dia implicaria dano irreparável, pois, tendo sido reconhecido seu direito, qualquer espaço de tempo não poderá ser-lhe restituído. Além disso, o tempo de trâmite dos três processos administrativos (mais de cinco anos), em razão de que houve seis perícias do INSS (a última favorável ao segurado), extrapolou o que seria razoável.

Por conseguinte, penso que a doença incapacitante, idade avançada, estado de miserabilidade, impossibilidade de escolher advogado, princípio da efetividade da jurisdição, respeito à dignidade da pessoa humana (que constitui fundamento constitucional da República Federativa do Brasil), impunham, naquele caso concreto e em outros assemelhados, a **concessão de ofício da tutela antecipatória**”. (grifo nosso)

Cumpre lembrar que, apesar de este não ser ainda o entendimento majoritário na esfera da Justiça Federal e nem mesmo nos demais órgãos do Poder Judiciário, tal assunto tem tido crescente destaque na jurisprudência, a ele aderindo um número de julgadores cada vez maior.

Posto isto, passa-se ao tópico a seguir.

2.2 Nos Tribunais

O entendimento sobre a viabilidade da aplicação da tutela antecipada de ofício no âmbito do Tribunal Regional da Primeira Região ainda é divergente entre as turmas que o compõe.

A Primeira Turma consolidou o entendimento de que há a possibilidade da concessão da tutela antecipatória de ofício, baseado na verossimilhança do direito material alegado pelo autor e no caráter alimentício do benefício pretendido.

É o que se depreende da ementa do Desembargador Federal Néviton Guedes, *in verbis*:

“PROCESSO CIVIL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PRÉVIO REQUERIMENTO. DESNECESSIDADE. ATIVIDADE RURAL COMPROVADA POR INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL CORROBORADA POR PROVA TESTEMUNHAL. **TUTELA ANTECIPADA**. TERMO INICIAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO.

1. Esta Corte, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pacificou o entendimento de que "a ausência de prévio requerimento administrativo não constitui óbice para que o segurado pleiteie, judicialmente, a revisão de seu benefício previdenciário" (AgRg no REsp 1179627/RS, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 7.6.2010). Além disso, em respeito ao que estabelece o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, uma tal exigência não se compatibilizaria com o direito fundamental de acesso à justiça [cf. AC 0005512-95.2010.4.01.9199/PI, Juiz Federal Marcos Augusto de Sousa (convocado), Primeira Turma, e-DJF1 30.6.2011 p. 251], não havendo, por essa mesma razão, que se falar em violação ao princípio da separação dos Poderes (CF/88, art. 2º). Precedentes. Ressalva do ponto de vista em sentido contrário do Relator.

2. **Muito embora o art. 273, caput, do CPC, expressamente, disponha que os efeitos da tutela pretendida na inicial poderão ser antecipados, a requerimento da parte, total ou parcialmente, firmou-se nesta Primeira Turma a possibilidade de o órgão jurisdicional antecipá-la de ofício, tendo em vista a natureza alimentar do benefício previdenciário e em razão da verossimilhança do direito material alegado. Precedentes desta Corte.** (grifo nosso)

3. Nos termos da Lei nº 8.213/91, tem direito ao benefício da aposentadoria rural por idade o segurado especial, empregado rural, trabalhador autônomo rural ou trabalhador avulso, com idade superior a 60 anos para homem e 55 anos para a mulher, que tenha comprovado o efetivo exercício de atividade rural, por período igual ao número de meses correspondentes à respectiva carência, por meio de prova material corroborada por prova testemunhal coerente e robusta.

4. No caso concreto, a documentação juntada aos autos (certidão de casamento), em que consta a qualificação de lavrador, é contemporânea aos fatos a que se visa comprovar, tendo sido corroborada por prova testemunhal coerente e robusta, atestando a qualidade de trabalhador rural da parte autora, atendendo ao período de carência exigido por lei.

5. A Lei 8.213/91, em seu artigo 49, I, "b", dispõe que a aposentadoria será devida a partir da data do requerimento administrativo. Na sua ausência, o benefício, de acordo com consolidada jurisprudência do STJ, é devido a partir do ajuizamento da ação. Esse entendimento não viola os artigos 5º, LV, da CF/1988; 219 do CPC e 49, II, da Lei nº 8.213/91.

6. O benefício de Amparo Social ao Idoso não pode ser acumulado com a percepção de qualquer outro benefício (art. 20, §4º, da Lei nº 8.742/93 - LOAS), razão pela qual deve ser cancelado a partir do implemento do benefício de aposentadoria rural por idade, devendo os valores recebidos a

este título serem compensados com os valores pagos como benefício assistencial, eventualmente recebidos dentro do mesmo período.

7. Honorários advocatícios fixados no percentual de 10% (dez por cento) sobre as prestações vencidas até o julgamento da apelação (Súmula n. 111 do STJ).
8. Juros e correção monetária nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.
9. Nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição federal (art. 109, § 3º, CF/1988), o INSS está isento das custas somente quando lei estadual específica prevê a isenção, o que ocorre nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso. Em se tratando de causas ajuizadas perante a Justiça Federal, o INSS está isento de custas por força do art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96.
10. Implantação imediata do benefício, no prazo máximo de 30 dias (CPC, art. 273), com comunicação imediata à autarquia previdenciária.
11. Apelação da parte autora a que se dá provimento”.⁸⁷

O mesmo entendimento se verifica da ementa de relatoria do Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, da Primeira Turma do TRF1⁸⁸, conforme se depreende do seguinte excerto:

“APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. LEI 8.213/91. PROVA DOCUMENTAL CORROBORADA POR TESTEMUNHAS. REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO DEVIDA.

I. A exigência de prévio requerimento administrativo como condição ao ajuizamento de ação judicial para a obtenção de benefício previdenciário não se coaduna com a garantia constitucional (art. 5º, XXXV) de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

II. É possível a concessão de tutela antecipada, ainda que de ofício, em ações de natureza previdenciária, tendo em vista a natureza alimentar do benefício previdenciário e por se encontrarem presentes os requisitos específicos do art. 273 do CPC. Precedentes. (grifo nosso)

III. Apesar de ilíquida a sentença, tendo em vista o curto período entre o ajuizamento da ação e a publicação da sentença, e considerando o valor mínimo do benefício previdenciário, fica evidenciada a impossibilidade de a

⁸⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação cível n. 0004663-55.2012.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Primeira Turma do TRF1, j. 18/05/2012.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação cível n. 0036485-96.2011.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Turma do TRF1, j. 25/05/2012.

condenação de 1º grau ultrapassar o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, devendo, assim, ser aplicado *in casu* o disposto no art. 475, § 2º, do CPC.

IV. O entendimento jurisprudencial se consolidou no sentido de que é possível se comprovar a condição de rurícola por meio de dados do registro civil, como em certidão de casamento ou de nascimento dos filhos e, ainda, em assentos de óbito, no caso de pensão - em suma, por meio de quaisquer documentos que contenham fé pública, prerrogativa que é extensível, inclusive, ao cônjuge do segurado -, sendo certo que o art. 106 da Lei n. 8.213/91 contém rol meramente exemplificativo, e não taxativo.

V. O início de prova documental restou cumprido. Consta dos autos a certidão de casamento, na qual consta como lavrador a profissão do nubente e cópia da CTPS constando anotações de registros de contratos de trabalho em atividade rural.

VI. Os registros de emprego lançados na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS são documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, nos termos do art. 106, I, da Lei 8.213/91, constituindo prova plena da condição de trabalhador rural do suplicante no período registrado e início de prova material para o cônjuge, ainda que sujeita à presunção juris tantum de sua validade. Precedentes.

VII. Se os depoimentos testemunhais colhidos na Vara de origem corroboram a prova documental no sentido de que efetivamente houve o exercício de atividade rural, na condição de rurícola, por período igual ao número de meses correspondentes à respectiva carência, a manutenção da sentença que concedeu a pleiteada aposentadoria é medida que se impõe. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça.

VIII. O exercício de atividade urbana por diminuto período não descaracteriza a condição de rurícola, se os demais elementos dos autos indicam exercício de atividade rural. Precedentes.

IX. A Lei 8.213/91, em seu artigo 49, II, dispõe que a aposentadoria será devida a partir da data do requerimento administrativo. Na sua ausência, deve ser considerada a data do ajuizamento da ação, conforme jurisprudência do STJ e precedentes desta Corte.

X. Os juros moratórios e a correção monetária incidentes sobre as parcelas atrasadas devem observar as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010.

XI. Conforme reiterados precedentes desta Corte, em ações de natureza previdenciária, a verba honorária deve ser fixada no percentual de 10% (dez por cento) incidentes apenas sobre as parcelas vencidas até a prolação da sentença, nos termos da Súmula nº 111 do STJ, bem como em atendimento ao disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

XII. Dispõe a Lei n. 9.289/96 (art. 1º, § 1º) que a cobrança de custas nas causas ajuizadas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição

federal, se rege pela legislação estadual respectiva. No caso dos autos, a legislação estadual vigente assegura a isenção de custas à Autarquia, sendo indevida, portanto, a condenação neste ponto.

XIII. Remessa oficial não conhecida e Apelação a que se dá parcial provimento para determinar que a atualização das parcelas atrasadas observe as orientações do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010 e isentar o INSS do pagamento de custas”.

Ainda neste mesmo sentido, a Desembargadora Federal Ângela Catão, da Primeira Turma⁸⁹, ao defender o deferimento de ofício do sobredito benefício, aduz que inexistente impedimento processual para tanto, caso estejam preenchidos os requisitos autorizadores da medida, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil.

A Desembargadora fundamentou o acórdão com base, ainda, na possibilidade de antecipação *ex officio* do benefício nos artigos referentes à tutela específica nas obrigações de fazer e no poder geral de cautela conferido ao magistrado:

“PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIOS. CORREÇÃO DOS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO. APLICAÇÃO DO IRSM DE FEVEREIRO/94. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO E DA RENDA MENSAL INICIAL DA APOSENTADORIA AO TETO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STF E PELO STJ. PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. SÚMULA 111/STJ. **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE OFÍCIO. REQUISITOS PREENCHIDOS.** PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ACOLHIDA.

1. Os benefícios de natureza previdenciária são imprescritíveis, mas a prescrição atinge as prestações anteriores a cinco anos da data do ajuizamento da ação (Súmula STJ 85). Preliminar acolhida.
2. O benefício do autor teve DIB em 09.08.1994, sendo considerados, no seu cálculo, os salários-de-contribuição referente aos últimos 36 (trinta e seis) meses anteriores ao requerimento administrativo, nos quais se inclui a competência relativa ao mês de fevereiro/94.
3. Na atualização dos salários-de-contribuição, utilizados no cálculo da renda mensal inicial, deve incidir o IRSM de fevereiro de 1994, no percentual de 39,67%. Precedentes do Tribunal e do STJ.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação cível n. 0072550-61.2009.4.01.9199/MG, Rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, Conv. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes, Primeira Turma do TRF1, j. 15/09/2010.

4. A partir do julgamento do RE n. 193.456-5/RS, as turmas do STF, bem como o STJ, referindo-se à decisão plenária da Corte Suprema, passaram a decidir reiteradamente pela propriedade da imposição do teto previdenciário previsto nos artigos 29, § 2º, e art. 33 da Lei 8.213/91, ao qual se refere o art. 26 da Lei 8.870/94, entendimento esse que igualmente passou a ser adotado pela Primeira Seção deste Tribunal, a partir da AR 2004.01.00.047291-7/MG (e-DJF1 p.47, de 23/11/2009).

5. A correção monetária e os juros devem incidir na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução/CJF 134, de 21.12.2010.

6. Honorários advocatícios mantidos no percentual de 10% (dez por cento), mas incidindo, somente, sobre o valor das parcelas vencidas até a data da prolação da sentença, nos termos da Súmula 111/STJ.

7. Antecipação de tutela deferida "de ofício" em razão do preenchimento dos requisitos do art. 273 do CPC, e diante da ausência de impedimento processual, conforme normas dos arts. 515, § 1º, 516, 798, 461, caput, §§ 3º e 4º e 644, todos do Código de Processo Civil.

8. Apelação e remessa oficial, parcialmente provida”.

Todavia, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da Primeira Região adotou posicionamento diverso, ao estabelecer que, nos casos em que haja a concessão da tutela antecipada na primeira instância, o Tribunal deverá cassar formalmente tal benefício, devendo-se, no entanto, manter o pagamento das parcelas àquele título concedidas caso o julgamento do acórdão seja no sentido da manutenção da sentença de procedência. Ou seja, defende-se a vedação da tutela antecipatória *ex officio*.

Ademais, caso o Tribunal entenda pela concessão do benefício previdenciário pretendido pelo autor, mas ainda não tenha havido o deferimento da tutela antecipada no juízo de origem, o Relator determinará a imediata implantação deste, não com fundamento no art. 273 do Código de Processo Civil, mas sim, com fulcro no art. 461 do mesmo diploma legal, o qual trata das obrigações de fazer.⁹⁰

Sendo assim, eventual recurso a ser interposto do acórdão não impedirá a implantação do benefício em questão, uma vez que tais recursos são desprovidos de efeito suspensivo.

⁹⁰ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 273 e 461.

É o que se constata pela leitura das ementas de relatoria da Desembargadora Federal Neuza Maria Alves da Silva, da Segunda Turma do TRF1, *in verbis*:

“PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. PENSÃO POR MORTE. ÓBITO DA SEGURADA ANTERIOR À LEI 8.213/91 E POSTERIOR A CF/88. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. ART. 201, INCISO V. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF.

1. O óbito da esposa do autor ocorreu em 24/3/1989, ocasião em que estava vigente o Decreto 89.312/84, que aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, e determinou em seu art. 10 que: "Consideram-se dependentes do segurado: I - a esposa, o marido inválido, [...]".

2. Todavia, o STF assentou o entendimento de que os óbitos de segurados ocorridos entre o advento da Constituição de 1988 e a Lei 8.213/91 regem-se, direta e imediatamente, pelo disposto no artigo 201, inciso V, da Constituição Federal, que, sem recepcionar a parte discriminatória da legislação anterior, equiparou homens e mulheres para efeito de pensão por morte.

3. Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de pensão por morte - início de prova material da atividade rural alegada, devidamente corroborado por prova testemunhal sólida - tem direito o autor ao acolhimento de sua pretensão.

4. Termo inicial conforme estipulação sentencial, cuja manutenção se faz necessária, à luz do quanto estipulado no item "a" da parte final do voto.

5. Correção Monetária com base nos índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal, até a entrada em vigor da Lei nº 11.960/09, a partir de quando se aplica o IPCA-E.

6. Juros de mora de 1% ao mês, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% ao mês a partir da Lei nº 11.960/09.

7. Nos feitos processados perante a Justiça Estadual o INSS é isento do pagamento de custas nos Estados de Minas Gerais, Goiás, Rondônia e Mato Grosso.

8. Prevalência da regra cunhada na Súmula 111 do STJ para fins de fixação dos honorários advocatícios.

9. A antecipação da tutela somente é possível na hipótese de ter havido requerimento da parte autora, sem a qual o provimento antecipatório é formalmente cassado, mantendo-se o pagamento das prestações. Precedentes da Turma.

10. Não tendo ocorrido deferimento de tutela antecipada, justifica-se a determinação de implantação imediata do benefício perseguido (art. 461

do CPC), já que eventuais recursos interpostos contra o presente julgado são desprovidos de efeito suspensivo. Precedentes do STJ. (grifo nosso)

11. Apelação desprovida.

12. Remessa oficial parcialmente provida.

PREVIDENCIÁRIO E CONSTITUCIONAL. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. NULIDADE PROCESSUAL AFASTADA. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. IDADE MÍNIMA. TERMO A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO. CASSAÇÃO FORMAL.

1. Remessa oficial tida por interposta, já que inócuentes na espécie as exceções contidas nos §§ 2º e 3º do art. 475, do CPC.

2. Não há que se falar em nulidade processual quando decorridos mais de vinte (vinte) dias entre a juntada aos autos do mandado de citação e a realização da audiência, eis que observado o previsto no caput do art. 277 do CPC.

3. Atendidos os requisitos indispensáveis à concessão do benefício de aposentadoria rural em testilha - início de prova material da atividade rural alegada, devidamente corroborado por prova testemunhal sólida, a que ainda se agrega a idade mínima exigida para o deferimento da prestação - mostrou-se correta a sentença que acolheu a pretensão nesse sentido deduzida.

4. Termo inicial na data da citação, conforme estipulação sentencial não confrontada, no ponto, pela parte autora.

5. Correção monetária com base nos índices previstos no Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal, mesmo após a entrada em vigor da Lei 11.960/09.

6. Juros de mora de 1% ao mês, observados os respectivos vencimentos, reduzindo-se a taxa para 0,5% ao mês a partir da Lei nº 11.960/09.

7. Honorários reduzidos para 10% do valor das parcelas vencidas até data da prolação da sentença.

8. A antecipação da tutela somente é possível na hipótese de ter havido requerimento da parte autora, sem a qual o provimento antecipatório é formalmente cassado, mantendo-se o pagamento das prestações. Precedentes da Turma. (grifo nosso)

9. Apelação e remessa oficial parcialmente providas”.⁹¹

Outro caso a título exemplificativo ocorreu no julgamento do agravo regimental nº 224215/SP pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região⁹², no qual o INSS discutiu a impossibilidade da concessão da antecipação de tutela de ofício concedida pelo Relator.

Na origem, foi concedido o benefício almejado pela autora, referente à concessão do amparo assistencial ao idoso.

No entanto, em sede recursal a autarquia alegou preliminarmente a nulidade da sentença, por ter sido a autora portadora de doença mental e não estar devidamente representada em juízo.

O feito foi convertido em diligência pelo Tribunal, a fim de que fosse regularizada a situação processual na origem e, ainda, concedeu de ofício a tutela antecipada, em face da doença e miserabilidade da parte autora.

É o que se verifica pelo excerto do voto do Relator Walter do Amaral, abaixo transcrito:

“Todavia, tendo em vista tratar-se de pessoa incapaz e comprovadamente doente e em estado de pobreza também comprovado nos autos, e considerando que a diligência demandará algum tempo para ser cumprida, não havia como não se antecipar a tutela conferindo-lhe, de imediato, o direito à percepção do benefício mensal equivalente a um salário mínimo”.

No julgamento enfatizou-se que o inconformismo da autarquia se restringia apenas a um requisito de ordem formal, que não poderia se sobrepor à necessidade alimentar urgente da autora, que ficou comprovada na origem, e muito menos prevalecer em detrimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação cível n. 0035521-06.2011.4.01.9199/GO, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves Da Silva, Segunda Turma do TRF1, j. 20/03/2012.

⁹² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo regimental n. 224215/SP (94031042893), Primeira Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Walter Amaral, j. 11.03.2004.

Outro acórdão a título ilustrativo é o julgamento do agravo regimental na apelação cível nº 95030195039 no Tribunal Regional Federal da 3ª Região⁹³, no qual o Instituto Nacional do Seguro Social igualmente discutiu a inviabilidade da concessão de ofício da tutela.

Em seu voto, o Relator argumentou que a concessão *ex officio* da tutela para implantação de benefício de amparo assistencial é medida que busca a plena realização da justiça, uma vez que não deve o Judiciário se comprometer com formalismos, em detrimento da mísera situação econômica da parte autora.

Preceitua que tal pedido de antecipação de tutela em causas dessa índole encontra-se implícito, já que a situação de penúria da autora é inconciliável a espera pela definitiva prestação jurisdicional.

O juiz federal Márcio Augusto Nascimento, em seu artigo sobre o tema em debate, colaciona notícia publicada na Revista Consulto Jurídico, de 13 de novembro de 2003, que trata de decisão do TRF da 3ª Região neste sentido:

“TRF da 3ª Região concede tutela antecipada de ofício

Em decisão inédita, a Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, especializada em matéria previdenciária, concedeu, de ofício, a antecipação de tutela para a imediata implantação do benefício de aposentadoria por invalidez.

No julgamento, que aconteceu na última quarta-feira (12/11), foi apreciada ação rescisória fundada em erro de fato. O acórdão rescindido, também do TRF-3, havia modificado a sentença do juiz de primeiro grau que concedera o benefício, com fundamento na existência de outra aposentadoria já concedida à autora.

Na rescisória, ficou comprovado que a fundamentação não correspondia à realidade fática e sua acolhida pelo julgado rescindido decorreu de erro de fato.

Aplicando o artigo 461, §3º, do Código de Processo Civil, a Terceira Seção, por votação unânime, entendeu estar configurado o relevante fundamento e o justificado receio de ineficácia do provimento final, em razão da comprovada invalidez e da idade avançada da autora. A tutela foi antecipada liminarmente e os desembargadores determinaram a intimação da autoridade

⁹³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo regimental na apelação cível n. 95030195039/SP, Quinta Turma, Rel. Juiz Johonsom Di Salvo, j. 11.03.2002.

administrativa para o cumprimento da ordem judicial no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária”.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do recurso especial nº 200686/PR, de Relatoria do Ministro Gilson Dipp⁹⁴, aduz que tal medida é cabível em casos excepcionálíssimos, ao afirmar, em seu voto, que:

“Quero crer que a vedação da Lei 8.437/92, sobre excluir a medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, nos feitos contra o Poder Público, bem como as restrições do art. 1º da Lei nº 9.494/97, que veda a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, não podem ter o alcance de vedar toda e qualquer medida antecipatória, em qualquer circunstância, senão que o juiz, em princípio, não deve concedê-la, mas poderá fazê-lo, sob pena de frustração do próprio direito, em casos especialíssimos”.

No mesmo sentido o STJ se manifestou, ainda, no julgamento do recurso especial n. 282727/MS⁹⁵ sobre o tema, no qual originariamente se discutia reajuste remuneratório a dois servidores públicos federais, e em acórdão recente de Relatoria do Ministro Herman Benjamin cuja emente segue abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO CONCEDIDA NO ACÓRDÃO. ADMISSIBILIDADE EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS.

1. Trata-se, na origem, de Ação Declaratória com pedido de condenação ao pagamento de salário-maternidade movida por trabalhadora rural diarista. O acórdão confirmou a sentença de procedência e, de ofício, determinou a imediata implantação do mencionado benefício.
2. As tutelas de urgência são identificadas como reação ao sistema clássico pelo qual primeiro se julga e depois se implementa o comando, diante da demora do processo e da implementação de todos os atos processuais inerentes ao cumprimento da garantia do devido processo legal. Elas regulam situação que demanda exegese que estabeleça um equilíbrio de garantias e princípios (v.g., contraditório, devido processo legal, duplo grau de jurisdição, direito à vida, resolução do processo em prazo razoável).
3. No caso concreto, o Tribunal se vale da ideia de que se pretende conceder salário-maternidade a trabalhadora rural (boia-fria) em virtude de nascimento de criança em 2004.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 200686/PR, Quinta Turma do STJ, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 28.03.2000.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 282727/MS, Quinta Turma do STJ, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 13.12.2000.

4. **O Superior Tribunal de Justiça reconhece haver um núcleo de direitos invioláveis essenciais à dignidade da pessoa humana, que constitui fundamento do Estado Democrático de Direito. Direitos fundamentais correlatos às liberdades civis e aos direitos prestacionais essenciais garantidores da própria vida não podem ser desprezados pelo Poder Judiciário.** Afinal, “a partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais” (REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 16.9.2009, grifo nosso.)

5. **A doutrina admite, em hipóteses extremas, a concessão da tutela antecipada de ofício, nas "situações excepcionais em que o juiz verifique a necessidade de antecipação, diante do risco iminente de perecimento do direito cuja tutela é pleiteada e do qual existam provas suficientes de verossimilhança"** (José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 384-385).

6. **A jurisprudência do STJ não destoa em situações semelhantes, ao reconhecer que a determinação de implementação imediata do benefício previdenciário tem caráter mandamental, e não de execução provisória, e independe, assim, de requerimento expresso da parte** (v. AgRg no REsp 1.056.742/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 11.10.2010 e REsp 1.063.296/RS, Rel. Min. Og Fernandes, DJe de 19.12.2008) (grifo nosso).

7. **Recurso Especial não provido**”.⁹⁶

Assim, fica patente a demonstração da divergência jurisprudencial sobre o tema no âmbito dos tribunais superiores.

2.3 Nos Juizados Especiais Federais

Não obstante haver divergência quanto à concessão do benefício em questão nos procedimentos comuns, ressalva-se que na esfera dos Juizados Especiais Federais há autorização expressa na Lei nº 10.259/2001 para o deferimento de medidas cautelares de ofício, conforme se depreende pela leitura do artigo a respeito do assunto, *in verbis*: “Art. 4º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento das partes, deferir medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação”.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1309137/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 08/05/2012, DJe 22/05/2012.

Todavia, como bem afirma o Juiz Federal Márcio Augusto Nascimento, “É prática corrente nos Juizados Especiais Federais que os magistrados concedam, de ofício, antecipação de tutela, e não apenas medida cautelar, com espeque no mencionado artigo”.

Aduz que é aplicado o artigo 461, §5º, do CPC, para a fundamentação da sentença, que dispõe:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.⁹⁷

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.041881-4/RS, de Relatoria do Juiz Federal Convocado Ricardo Teixeira do Valle Pereira⁹⁸, do TRF da 4ª Região, houve a reforma da decisão da magistrada de primeira instância, por entender que a lei que regula os Juizados Especiais Federais concedeu tal faculdade ao juiz e, por ser uma regra processual, seria aplicável a qualquer procedimento. Ainda, alegou que o benefício em questão tinha caráter alimentar, o que viabilizaria o deferimento do benefício de ofício pelo julgador.

O Relator, em seu voto, afirmou que a antecipação da tutela está vinculada ao requerimento da parte, conforme preceitua o *caput* do art. 273 do CPC, sendo vedado ao magistrado deferi-la de ofício. Caso se entendesse o contrário, tal interpretação afrontaria o princípio dispositivo.

Argumenta também que o artigo que viabiliza tal medida no âmbito dos Juizados Especiais Federais deve ser aplicado exclusivamente neste âmbito, de forma restrita.

⁹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Art. 461, § 5º

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento n. 2002.04.01.041881-4/RS, Quinta Turma do TRF da 4ª Região, Relator Juiz Federal Convocado Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 28.05.2003.

Eis a ementa do julgado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO.

1. Consoante dispõe o art. 273, caput, do código de processo civil, é vedado ao juiz conceder *ex officio* antecipação de tutela.
2. Ainda que se admita a concessão da tutela antecipada de ofício no âmbito dos juizados especiais, a lei nº 10.259/01 é regra de exceção e aplica-se restritivamente”.

Sendo assim, conclui-se que o dispositivo legal que autoriza a aplicação da medida cautelar de ofício na esfera dos Juizados Especiais Federais, é, na prática, usado para conceder a tutela antecipatória sem o prévio requerimento da parte, por interpretação analógica.

2.4 Pelo Estatuto do Idoso

Dispõe o art. 83 da Lei nº 10. 741/2003 (Estatuto do Idoso) que:

“Art. 83. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

§ 1º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, na forma do art. 273 do Código de Processo Civil”.⁹⁹

A fim de se demonstrar a aplicação do dispositivo nos Juizados Federais, traz-se à colação o seguinte precedente:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ANTECIPAÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER DE OFÍCIO. CPC. ESTATUTO DO IDOSO. PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO. APOSENTADORIA POR IDADE. TRABALHADORA RURAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL. COMPLEMENTAÇÃO POR PROVA TESTEMUNHAL. RECONHECIMENTO. IDADE MÍNIMA. DELIMITAÇÃO TEMPORAL. CITAÇÃO VÁLIDA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS DE MORA. HONORÁRIOS.

⁹⁹ BRASIL. Estatuto do Idoso. Art. 83 da Lei nº 10. 741/2003.

1. Remessa oficial, tida por interposta, de sentença proferida na vigência da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Não incide, na hipótese, os artigos 475, § 2º, do Código de Processo Civil, em virtude de não ter sido demonstrado que o conteúdo econômico do pleito é de valor inferior a 60 salários mínimos.
2. **O caput e o § 3º do artigo 461 do CPC e o artigo 83 da Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso) possibilitam a antecipação de tutela específica de ofício para assegurar a eficácia do provimento final.**
3. Presentes a verossimilhança do direito por cuidar-se de matéria pacífica nos Tribunais e o fundado receio de dano irreparável, pois não é razoável fazer com que a autora, que conta com 70 anos de idade, espere pelo trânsito em julgado da sentença para receber o benefício previdenciário de um salário mínimo mensal, principalmente por tratar-se de verba alimentícia.
4. Reconhecimento de tempo de serviço prestado na condição de trabalhadora rural exige início razoável de prova material. É inadmissível prova exclusivamente testemunhal.
5. Carteira profissional, que registra contratos de trabalho exercidos de 28 de junho de 1994 a 28 de julho de 1994, de 10 de julho de 1995 a 24 de agosto de 1995, de 1º de agosto de 2002 a 24 de setembro de 2002, de 14 de outubro de 2002 a 03 de novembro de 2002, e 12 de agosto de 2003 a 09 de setembro de 2003, na colheita de safras nas Fazendas Boa Vista, Vô Manoel, Romaria, Pioneer Sementes e Sumatra, valem como início de prova material da condição de rurícola da autora.
6. Prova documental complementada pela prova testemunhal.
7. Na ausência de requerimento administrativo (art. 49, II, Lei 8.213/91), é de ser reconhecida aposentadoria por idade desde a data da citação válida (art. 219 do CPC).
8. A correção monetária incide sobre o débito previdenciário, a partir do vencimento de cada prestação, nos termos da Lei n. 6.899, de 8 de abril de 1981, conforme Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.
9. A ausência de apelação da autora quanto aos juros de mora e aos honorários de advogado impedem a reforma da sentença, nestas partes, em razão do princípio da "*non reformatio in pejus*" (Súmula nº 45/STJ).¹⁰⁰

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AC 2006.01.99.013206-0/MG, Rel. Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, Segunda Turma, DJ p.38 de 24/11/2006.

Todavia, para Henrique Agostinho da Rocha¹⁰¹, o art. 83 do Estatuto do Idoso trata-se de um permissivo para que o julgador possa aplicar a medida cabível de ofício, disposição esta que não se aplica nos casos previstos no art. 273 do CPC, os quais exigem o prévio requerimento da parte neste sentido.

Não obstante o entendimento do mencionado autor, o sobredito artigo é, na prática forense, interpretado como uma autorização legal ao magistrado para deferir a tutela antecipatória mesmo sem o prévio pedido do idoso nesse sentido, com respaldo, ainda, no poder geral de cautela.

¹⁰¹ ROCHA, Henrique Agostinho da. Impossibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada em caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2553, 28 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15099>>. Acesso em 11. Jun. 2012.

3 DO PODER GERAL DE CAUTELA

Um dos argumentos utilizados pelos magistrados para embasar a possibilidade da tutela antecipatória *ex officio* refere-se ao poder geral de cautela conferido ao magistrado, cuja previsão lega encontra-se no art. 798 do CPC.

Dispõe o sobredito artigo:

“Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, **poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação**”. (grifo nosso)¹⁰²

Trata-se de dispositivo inserido no capítulo referente aos procedimentos cautelares, e que confere amplos poderes para o julgador assegurar o resultado útil do processo principal, por intermédio da concessão de medidas cautelares inominadas às situações não previstas pelo legislador ordinário.¹⁰³

Cumpre registrar que a nomenclatura “poder geral de cautela” é imprecisa, pois não se trata de um “poder” unilateral conferido ao juiz, mas sim, de um verdadeiro “dever”.¹⁰⁴

É o que assevera Victor Alberto Azi Bomfim, *in verbis*:

“O manejo do chamado poder cautelar geral pelo juiz não retrata somente o exercício de um poder, mas, sobretudo, de um dever. Tendo em vista o interesse público existente no processo de modo geral, o Estado-juiz tem o dever de garantir a idoneidade da atividade jurisdicional. Por isso, ao lado do poder de decretar medidas assecuratórias, coexiste o dever de determiná-las, observados os princípios”.¹⁰⁵

¹⁰² BRASIL. Código de Processo civil. Art. 798.

¹⁰³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 221.

¹⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira e ALMEIDA, Andréa Alves de. *Comentários críticos à exposição e os motivos para elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

¹⁰⁵ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 204.

Para a sua concessão, devem estar presentes os requisitos de admissibilidade para a propositura da demanda, como os pressupostos processuais e as condições da ação, assim como as condições autorizadoras da medida cautelar, que são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Outras exigências são mencionadas por Victor Alberto Azi Bomfim, conforme transcrito abaixo:

- “a. a coordenação da cautela ao processo principal;
- b. a reversibilidade jurídica do provimento cautelar; e
- c. a eficácia preponderantemente mandamental da sentença acautelatória”.¹⁰⁶

Cumprir registrar que uma das características do poder geral de cautela é a subsidiariedade, pois somente se justifica a sua utilização pelo juiz quando inexiste a possibilidade de o direito da parte ser resguardado por outro tipo de tutela. Sendo assim, caso haja a viabilidade desse direito ser assegurado, por exemplo, pela utilização da antecipação de tutela ou de qualquer medida cautelar nominada, incabível se mostra a utilização do poder geral de cautela, o qual é aplicável no âmbito das medidas cautelares inominadas e só deverá ser concedido quando não houver outra medida legal para evitar lesão irreparável à parte.¹⁰⁷

Aspecto relevante é que o referido poder não é ilimitado, uma vez que a atuação do magistrado nessa seara encontra limites no próprio ordenamento jurídico, “em face de princípios processuais e constitucionais, como o dispositivo, a inércia da jurisdição, a livre investigação das provas, e a adstrição ao pedido da parte”¹⁰⁸, e na impossibilidade de violação à coisa julgada e à esfera jurídica de terceiros.¹⁰⁹

Além de todas as considerações acima expostas, outros empecilhos ao uso do poder geral de cautela pelo julgador são: a) quando existir medida cautelar nominada que

¹⁰⁶ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 231.

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 222.

¹⁰⁸ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 147.

¹⁰⁹ MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 231.

tutele o direito do demandante; b) a impossibilidade de a tutela deferida pelo magistrado violar literal disposição legal; c) a vedação à antecipação dos efeitos do próprio pedido de direito material a ser discutido na via principal pela parte; d) a proibição à concessão da medida sem que haja o prévio requerimento da parte para tanto, em atenção ao art. 2º do CPC (princípio do dispositivo), uma vez que o magistrado não pode provocar a jurisdição.¹¹⁰

O poder geral de cautela tem como finalidade evitar a ocorrência do dano irreparável e garantir o resultado do processo e, para tanto, a medida cautelar inominada é fundamental, uma vez que possibilita o resguardo de qualquer direito não especificamente tutelado pelo legislador. Ainda, não deve ser considerado um poder ilimitado conferido ao juiz, muito menos discricionário, sendo que o magistrado apenas deverá utilizá-lo quando verificar estarem preenchidos os requisitos do dano irreparável e a defesa do resultado útil do processo.¹¹¹

Em sentido contrário, Marcus Vinícius de Abreu Sampaio entende que “o poder geral de cautela tem natureza jurisdicional, assim como discricionária”, pois “a disposição normativa citada, além de manipular conceitos vagos e imprecisos, ainda concede ao juiz o poder de escolha do provimento que emitirá no caso concreto”. Contudo, esclarece que a discricionariedade não pode ser entendida como arbitrariedade concedida ao juiz, sendo que aquela encontra limites na necessidade e adequação da medida.¹¹²

Ante a aplicação do poder geral de cautela, surge a seguinte indagação: estaria o magistrado vinculado ao prévio pedido da parte disposto no *caput* do art. 273 do CPC ou poderia ele se valer da regra da fungibilidade das cautelares, prevista no art. 798 do mesmo diploma legal, para conceder a antecipação da tutela de ofício?

A respeito do questionamento, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que é viável a aplicação conjunta dos artigos 798 e 273 do CPC, uma vez que, para o referido autor, a tutela antecipada e a medida cautelar possuem semelhanças entre si, por terem caráter provisório e serem concedidas por meio de uma cognição sumária e, portanto, a antecipação

¹¹⁰ SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 151.

¹¹¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 225.

¹¹² SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 141-151.

de tutela tem nítida natureza cautelar. Todavia, tal entendimento é minoritário no ordenamento pátrio.¹¹³

É o que se depreende pelo parágrafo abaixo, *in verbis*:

“Ainda que dúvida possa existir quanto à possibilidade de antecipação *ex officio*, a situação regulada pelo art. 273 tem, em tudo e por tudo, natureza cautelar. Rege-se, pois, pelas regras dessa modalidade de tutela.

Nessa linha de pensamento, não há por que afastar a incidência do art. 798. Tem o juiz o poder de adequar os possíveis efeitos a serem antecipados às necessidades da situação de direito material”.¹¹⁴

Ressalta o autor que, para a doutrina majoritária, que considera incabível a aplicação do poder geral de cautela às tutelas antecipadas, defende-se o argumento de que as medidas cautelares denominadas tem natureza diversa das medidas antecipatórias, pois estas visam à antecipação dos efeitos da tutela de mérito almejada, com nítida natureza satisfativa, e, dessa forma, o magistrado estaria adstrito aos limites do pedido previamente formulado, em atenção ao princípio da adstrição. Essa limitação não recai sobre as medidas cautelares, pois, de acordo com o princípio da fungibilidade, o juiz poderá conceder a tutela que considerar mais adequada para assegurar o resultado útil do processo principal, mesmo que diversa da requerida pelo autor.¹¹⁵

Ainda, como bem explicam Maureen Cristina Sansana e Bruno Botto Portugal Nogara, há esforços da doutrina em tentar assemelhar os institutos da tutela antecipada e das cautelares por meio da teoria unitária, a qual reúne os dois institutos em face das semelhanças ocorrentes entre eles, mesmo sendo a tutela antecipada tratada em capítulo diverso do poder geral de cautela, *in verbis*:

“Em virtude dessa semelhança entre tutela cautelar e antecipação de tutela, boa parte da doutrina defende a ideia da teoria unitária da tutela de urgência. Tal junção é defendida por boa parte da doutrina já há algum tempo. Nesse sentido Dinamarco recomenda um tratamento semelhante para as medidas cautelares e antecipatórias, afastando dessa forma o rigor formal que impede a realização de direitos urgentes. Também nesse sentido, Bedaque ensina

¹¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 380.

¹¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 380.

¹¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência* (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 380.

que se deve dar às duas espécies um tratamento processual unitário, mesmo que o legislador não tenha tratado da antecipação de tutela no capítulo do poder geral de cautela”.¹¹⁶

Todavia, a asserção acima é refutada pela jurisprudência pátria, sob o pretexto de que o poder geral de cautela e a tutela antecipatória não se confundem, conforme se verifica pelos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, abaixo colacionados:

“Interdição. Curador provisório. Tutela antecipada. Poder geral de cautela.

1. Não tem razão alguma o Acórdão recorrido quando invoca o art. 273 do Código de Processo Civil para deferir o pedido de Curador Provisório para a interditanda, mãe da Curadora nomeada. A tutela antecipada tem requisitos especiais que não estão presentes no caso sob julgamento. A incidência do art. 273 do Código Civil não comporta a interpretação analógica para cobrir o deferimento de Curador provisório.

2. **O poder geral de cautela, que perpassa a disciplina do Código de Processo Civil, na abrangência das medidas cautelares, que se não confundem com a antecipação de tutela, prevista no art. 273 do Código de Processo Civil, não pode ser negado ao juiz nos casos de interdição. E tal cautela, diante dos interesses do interditando, não malfe os artigos 450 do Código Civil e 1.181 e 1.183 do Código de Processo Civil.**

3. Recurso especial não conhecido”.¹¹⁷ (grifou-se)

“PROCESSO CIVIL - TUTELA ANTECIPADA: ILEGALIDADE.

1. **Os pressupostos para concessão de tutela antecipada (art. 273 do CPC), não se confundem com o exercício do poder geral de cautela do art. 804 do CPC (grifou-se).**

2. Concessão de antecipação para realização de depósito acautelatório.

3. A tutela antecipada é antecipação de efeitos de sentença meritória e exige presença de direito material.

4. Recurso especial conhecido e provido”.¹¹⁸

¹¹⁶ SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18476>>. Acesso em: 8 set. 2012.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 130402 SP 1997/0030829-4, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 03/06/1998, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.08.1998 p. 223RDR vol. 13 p. 327RT vol. 757, p. 144.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 159.399/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2000, DJ 01/08/2000, p. 224.

Sendo assim, para a parte da doutrina que entende que as medidas antecipatórias possuem natureza cautelar, seria plenamente aplicável àquelas o art. 798 (poder geral de cautela) do CPC, o que tornaria viável a tutela antecipatória *ex officio*.

Para o restante da doutrina, e inclusive da jurisprudência, o entendimento adotado majoritariamente é de que as medidas cautelares e antecipatórias não se confundem, por terem natureza e finalidades distintas e, sendo assim, a aplicação do art. 798 do CPC pelo magistrado é inadmissível.

Conclui-se que, não obstante os esforços em assemelhar ambos os institutos, deve-se convergir pela inviabilidade da concessão de ofício do art. 273 do CPC com fundamento no poder geral de cautela, uma vez que este encontra aplicação restrita ao âmbito das medidas cautelares, e, ainda, há limites à sua execução no ordenamento jurídico, tais como o seu caráter subsidiário, a não violação a literal dispositivo de lei, e a observância do princípio da adstrição do juiz ao pedido da parte.

3.1 A antecipação de tutela no atual CPC

Diante de tantas divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade ou não da aplicação *ex officio* do art. 273 do CPC, resta analisar se haverá alguma mudança quanto ao tema ante a promulgação do Novo Código de Processo Civil.

Assim, passa-se à análise do Projeto do Novo CPC, mais especificamente das Seções inseridas no Capítulo I do Título IX – Tutela de urgência e tutela de evidência, a seguir transcritas:

“Seção I

Das disposições comuns

Art. 277. A tutela de urgência e a tutela da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento, sejam essas medidas de natureza cautelar ou satisfativa.

[...] Seção II

Da tutela de urgência cautelar e satisfativa

Art. 283. **Para a concessão de tutela de urgência, serão exigidos elementos que evidenciem a plausibilidade do direito, bem como a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação** (grifo nosso).

Parágrafo único. Na concessão liminar da tutela de urgência, o juiz poderá exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer, ressalvada a impossibilidade da parte economicamente hipossuficiente.

Art. 284. **Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício** (grifo nosso). [...]

Seção III

Da tutela da evidência

Art. 285. Será dispensada a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação quando:

I – ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido; [...]”.

A primeira alteração constatada em relação às medidas de urgência refere-se ao suprimimento de um livro próprio para tratar das medidas cautelares e, outro, para as tutelas antecipatórias, sendo ambas tratadas na parte geral do Código.

É o que ensinam Maureen Cristina Sansana e Bruno Botto Portugal Nogara:

“Pontuando e adequando ao que condiz a este estudo, observa-se não mais haver a previsão no Anteprojeto de um Livro como o atual Livro III – Do Processo Cautelar. O que se denota é a inserção das tutelas de urgência na Parte Geral, não havendo, portanto, mais a previsão da tutela antecipada dentro do Livro I referente ao Processo de Conhecimento, como também não mais existindo um Livro próprio para tratar do Processo Cautelar”.¹¹⁹

Verifica-se, igualmente, que houve uma alteração quanto à nomenclatura utilizada quanto às medidas de urgência. A tutela de evidência substituirá a atual tutela antecipada, assim como a tutela de urgência surgirá em substituição à ação cautelar.¹²⁰

¹¹⁹ SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18476>>. Acesso em: 8 set. 2012.

¹²⁰ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 275.

Além das alterações de ordem terminológica, outras inovações trazidas são de natureza prática. Uma delas é o fato de que ambas as medidas poderão ser pleiteadas no bojo da mesma relação jurídica processual. Ou seja, inexistirá a necessidade de formular processos autônomos (cautelar e principal).¹²¹

Ainda, as tutelas de urgência serão o gênero, o qual englobará as atuais cautelares típicas e atípicas, e deterá requisitos específicos para a sua concessão. Inexistirá a variedade de denominações jurídicas existentes atualmente (arresto, arrolamento de bens, produção antecipada de provas), sendo que todas as medidas serão tratadas por única nomenclatura: tutela de urgência. Somente esse tipo de tutela exigirá a comprovação do *periculum in mora* pelo autor, sendo que a tutela de evidência dispensará o preenchimento desse requisito para o seu deferimento.¹²²

É o que doutrina Misael Montenegro Filho, *in verbis*:

“Apenas a tutela de urgência (que substitui a ação cautelar) exige a demonstração de que o autor se encontra em situação de risco, caracterizando o *periculum in mora*, e que, por isso, necessita de uma resposta jurisdicional rápida. A tutela de evidência (que substitui a antecipação de tutela) não exige o preenchimento do requisito referido, o que é absolutamente diferente do sistema atual [...]”.¹²³

A tutela de evidência, a qual substituirá a tutela antecipada, poderá ser concedida antes mesmo da citação do réu, nos casos em que a matéria da lide for unicamente de direito e já houver pronunciamento firmado em decisões de recursos repetitivos ou em súmula vinculante.¹²⁴

Acrescente-se que a denominação “tutela de evidência” é assim chamada devido ao fato de o direito a ela vinculado ser mais fácil de ser comprovado, ou seja, deve ser de simples detecção pelo julgador. Essa novidade favorecerá a parte que se encontrar prejudicada em razão da demora no processo causada pelo manifesto propósito protelatório do

¹²¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 275.

¹²² MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 275.

¹²³ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 277.

¹²⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. *Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 277.

réu, incumbindo a ela a simples demonstração desse fato, conforme se verifica pelo parágrafo abaixo:

“O Anteprojeto inova ao trazer a previsão da tutela da evidência, que dispensará a parte de comprovar o risco de dano irreparável ou de difícil reparação, caso se esteja diante de uma das situações previstas no artigo 285 do Anteprojeto. São elas: I - ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do requerido [...]”.¹²⁵

Por fim, caso a inclusão do art. 284 no Projeto do Novo CPC seja mantida, a celeuma acerca da tutela antecipada de ofício estaria afastada, ante a sua expressa previsão legal, o que evidenciaria a supremacia da teoria unitária das medidas de urgência em razão das semelhanças existentes entre elas.

Postas em linhas gerais as inovações constantes no Projeto do Novo Código de Processo Civil, urge registrar que, caso sejam aprovadas as mudanças referentes às medidas de urgência, a celeuma acerca da tutela antecipada de ofício estaria dirimida, ante a sua expressa previsão legal. Depreende-se que haverá uma facilidade à parte autora de se valer da proteção do seu direito ante a simplificação dos requisitos ensejadores das tutelas de urgência e evidência e, primordialmente, ante a possibilidade, ainda que excepcional e nos casos expressamente previstos, do deferimento da tutela antecipatória *ex officio*.

¹²⁵ SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18476>>. Acesso em: 8 set. 2012.

CONCLUSÃO

Diante da análise do presente estudo, é nítida a controvérsia entre doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade do deferimento da tutela *ex officio*, sendo a corrente majoritária erguida em sentido contrário à inovação.

De fato, não obstante os esforços da corrente minoritária em conferir uma interpretação constitucional ao art. 273 do CPC, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana e da efetiva prestação jurisdicional, o entendimento prevalente é o de que o magistrado deve pautar-se pelos princípios da inércia da jurisdição, do dispositivo, e da adstrição.

Não se questiona os argumentos de caráter humanitário presentes nessa corrente, os quais visam a proteger o autor em razão da falta de diligência ou de conhecimento do seu causídico que não requer a medida no momento oportuno, em demanda na qual se discute a concessão de benefício de índole previdenciária ou assemelhada, onde haja hipossuficiência do autor e a demora na prestação jurisdicional lhe acarrete grave dano. Assim, se objetiva afastar o excesso de formalismo para se aplicar a justiça ao caso concreto.

Apesar de o supracitado argumento ser elogiável, não merece vigorar no vigente diploma processual cível.

Os institutos da antecipação da tutela e da medida cautelar não se confundem: a primeira possui caráter satisfativo; a segunda, assecuratório. Isso implica na impossibilidade de aplicação do art. 797 do CPC (poder geral de cautela), típico das medidas cautelares inominadas, para fundamentar a concessão da tutela *ex officio*, sob pena de afronta aos limites impostos pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, a exigência do requerimento da parte, causando a miscelânea de ambos os institutos.

Além da infringência aos dispositivos constitucionais alegados pela corrente majoritária, cumpre registrar que a ausência de regulamentação legal expressa sobre o tema

em debate causa instabilidade jurídica, onde a parte adversária é surpreendida com um pronunciamento jurisdicional não pautado na lei processual.

Ainda, a aplicação da tutela antecipatória de ofício no atual ordenamento, em longo prazo, traria à baila o seu uso de forma indiscriminada a toda e qualquer situação fática em virtude da ausência de regulamentação legal da medida, o que acarretaria nítida parcialidade e arbitrariedade do órgão julgador.

Ressalve-se o caso do Estatuto do Idoso e da Lei dos Juizados Especiais Federais, em que há expressa previsão legal para o deferimento da tutela antecipatória de ofício, devendo ser interpretados restritivamente por se tratarem de normas especiais.

Entretanto, ante a tramitação do Projeto do Novo Código de Processo Civil, vê-se que o assunto em debate está expressamente tratado no seu art. 284, o qual preceitua que o magistrado poderá conceder medidas de urgência em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei.

Além disso, há o regramento das tutelas de urgência e evidência (substitutas da medida cautelar e antecipação de tutela, respectivamente) na mesma seção do código processual, o que evidencia a adoção da teoria unitária pelo novo CPC, e a simplificação dos seus requisitos autorizadores.

Uma das hipóteses de cabimento da tutela de evidência será nos casos de demora na prestação jurisdicional oriunda de manifesto propósito protelatório do réu, bastando para o seu deferimento a mera comprovação desse fato pela parte autora.

Sendo assim, se o Projeto for aprovado em sua integralidade quanto ao tema ora debatido, a discussão sobre a presente matéria estará dirimida, em decorrência da sua expressa previsão legal.

Atualmente, contudo, o deferimento da tutela antecipatória sem o prévio requerimento da parte nesse sentido vai de encontro aos princípios constitucionais e processuais regentes no vigente ordenamento processual civil, como a inércia da jurisdição, do dispositivo, e da adstrição, violando o equilíbrio jurídico do sistema.

REFERÊNCIAS

A antecipação da Tutela na Recente Reforma Processual. Jornal Síntese, out/96, p. 4 *apud* VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. *Tutela antecipatória*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

BRASIL. Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Código de Processo Civil.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil.

BRASIL. Estatuto do Idoso.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AC 2006.01.99.013206-0/MG, Rel. Desembargador Federal Aloísio Palmeira Lima, Segunda Turma, DJ p.38 de 24/11/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 200686/PR, Quinta Turma do STJ, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 28.03.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 282727/MS, Quinta Turma do STJ, Relator Ministro Gilson Dipp, j. 13.12.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1309137/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 08/05/2012, DJe 22/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 159.399/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/05/2000, DJ 01/08/2000, p. 224.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 130402 SP 1997/0030829-4, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 03/06/1998, T3 -

TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 03.08.1998 p. 223RDR vol. 13 p. 327RT vol. 757, p. 144.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de instrumento n. 2002.04.01.041881-4/RS, Quinta Turma do TRF da 4ª Região, Relator Juiz Federal Convocado Ricardo Teixeira do Valle Pereira, j. 28.05.2003.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação cível n. 0004663-55.2012.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Néviton Guedes, Primeira Turma do TRF1, j. 18/05/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação cível n. 0036485-96.2011.4.01.9199/MG, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Primeira Turma do TRF1, j. 25/05/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo regimental n. 224215/SP (94031042893), Primeira Turma do TRF da 3ª Região, Rel. Juiz Walter Amaral, j. 11.03.2004.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação cível n. 0072550-61.2009.4.01.9199/MG, Rel. Desembargadora Federal Ângela Catão, Conv. Juiz Federal Miguel Ângelo Alvarenga Lopes, Primeira Turma do TRF1, j. 15/09/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação cível n. 0035521-06.2011.4.01.9199/GO, Rel. Desembargadora Federal Neuza Maria Alves Da Silva, Segunda Turma do TRF1, j. 20/03/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo regimental na apelação cível n. 95030195039/SP, Quinta Turma, Rel. Juiz Johonsom Di Salvo, j. 11.03.2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUZAID. *Exposição de motivos*, 1972, nº 11 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANDEIAS, Gilberto Yoziro. *Tutela antecipada*. Vale do Mogi, 2003.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Da antecipação de tutela*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1-4.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Cintra, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2008.

FRANÇA, Fernando Luís. *A antecipação de tutela ex officio*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira e ALMEIDA, Andréa Alves de. *Comentários críticos à exposição e os motivos para elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1968, p. 92 *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O princípio do dispositivo no processo civil contemporâneo*. Tese de doutorado apresentada à PUCSP, 2003-a, p. 286 *apud* FRANZÉ, Luís Henrique Barbante. *Tutela antecipada recursal*. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Tutela antecipada*. 3. ed., rev., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINS, Victor Alberto Azi Bomfim. *Tutela cautelar: teoria geral e poder geral de cautela*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Curso de direito processual civil - medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007, vol. 3.

_____. *Projeto do novo código de processo civil: confronto entre o CPC atual e o projeto do novo CPC: com comentários às modificações substanciais*. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Márcio Augusto. Concessão “*ex officio*” da tutela antecipada. *Revista Ajufe*, n. 75/76, p. 427, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Alcance e natureza da tutela antecipatória*, in Estudos de direito processual em memória de Luiz Oliveira Machado Guimarães. Forense, 1997, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, p. 118 *apud* LIMA, George Marmelstein. *Antecipação de tutela de ofício?* Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2930/antecipacao-da-tutela-de-oficio> 2002>. Acesso em 04 abr. 2012.

ROCHA, Henrique Agostinho da. Impossibilidade de concessão de ofício da tutela antecipada em caso de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2553, 28 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15099>>. Acesso em 11. Jun. 2012.

SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. *O poder geral de cautela do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANSANA, Maureen Cristina; NOGARA, Bruno Botto Portugal. Expectativas trazidas pelo anteprojeto do novo Código De Processo Civil para o tratamento das tutelas de urgência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2784, 14 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18476>>. Acesso em: 8 set. 2012.

SILVA, Ovídio Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, p. 66 *apud* MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação de tutela*. São Paulo: Malheiros, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Processual civil – processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 58/68 *apud* VAZ, Paulo Afonso. *Manual da tutela antecipada: doutrina e jurisprudência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.